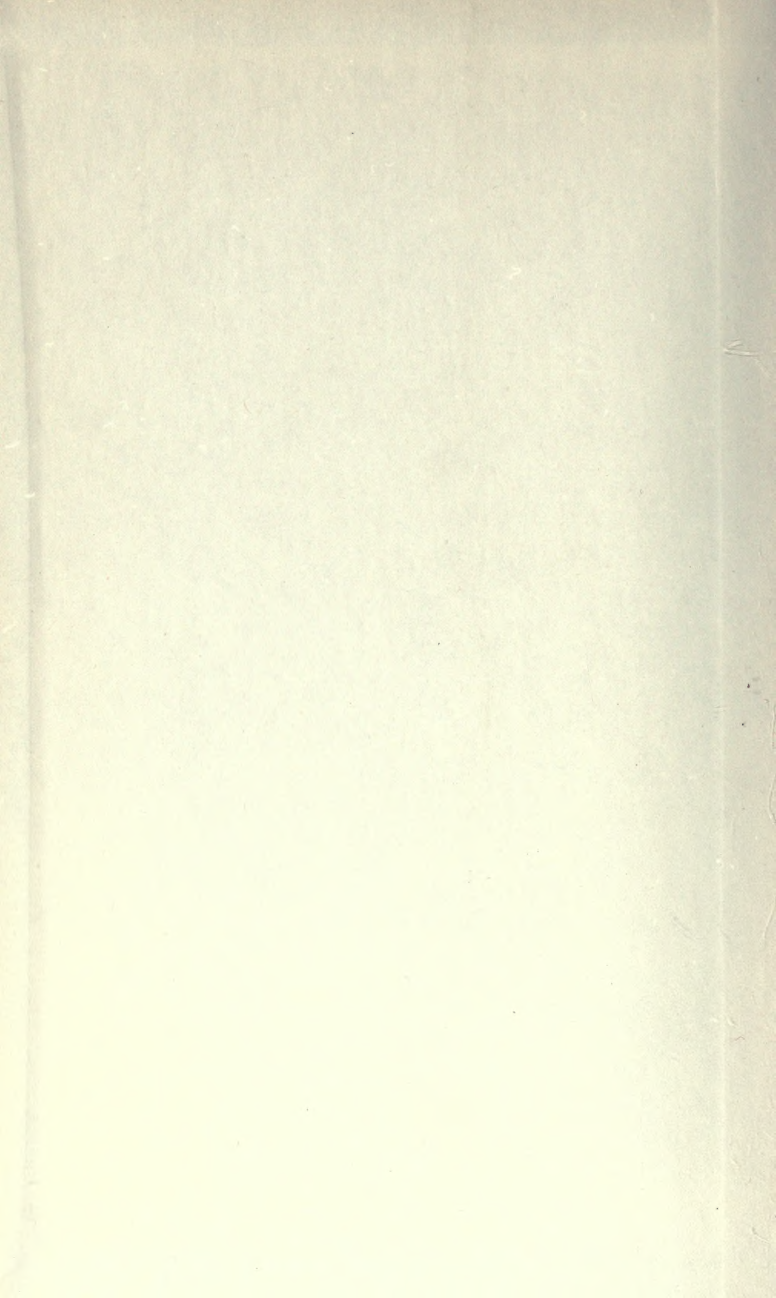
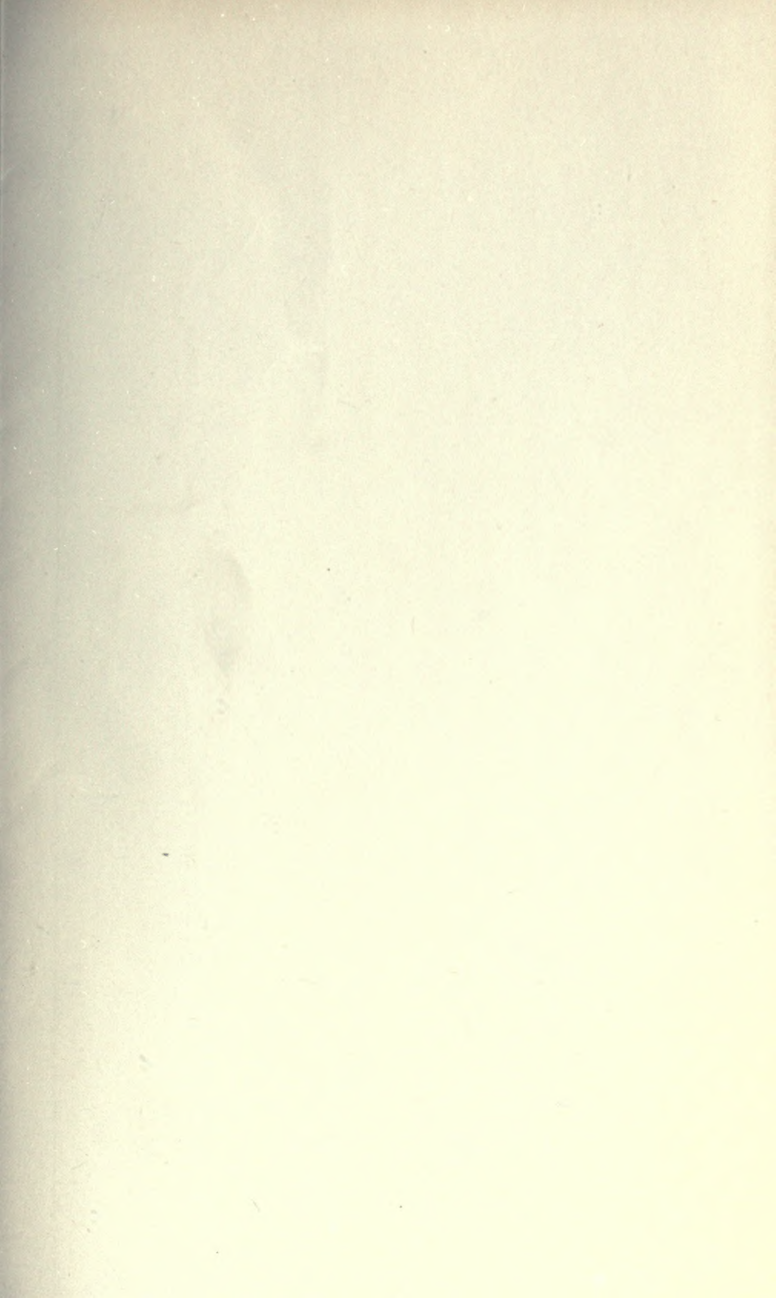
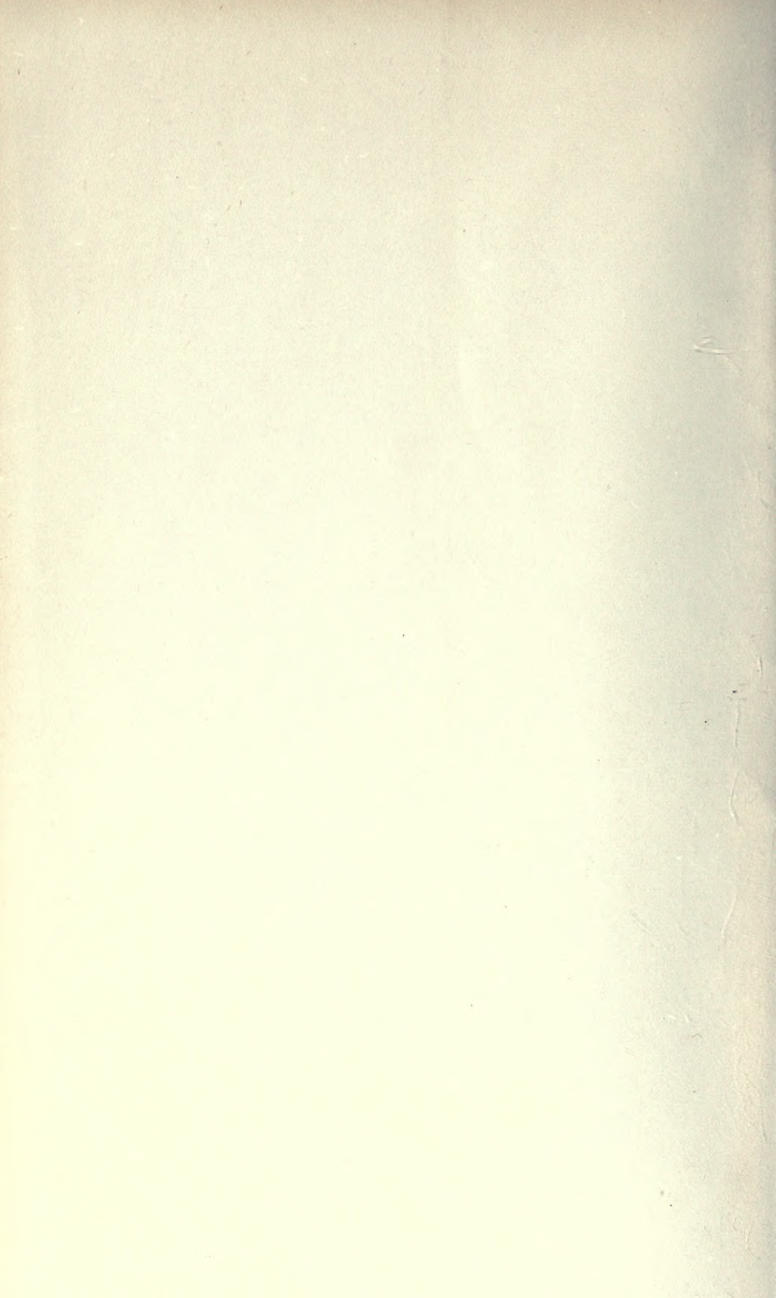
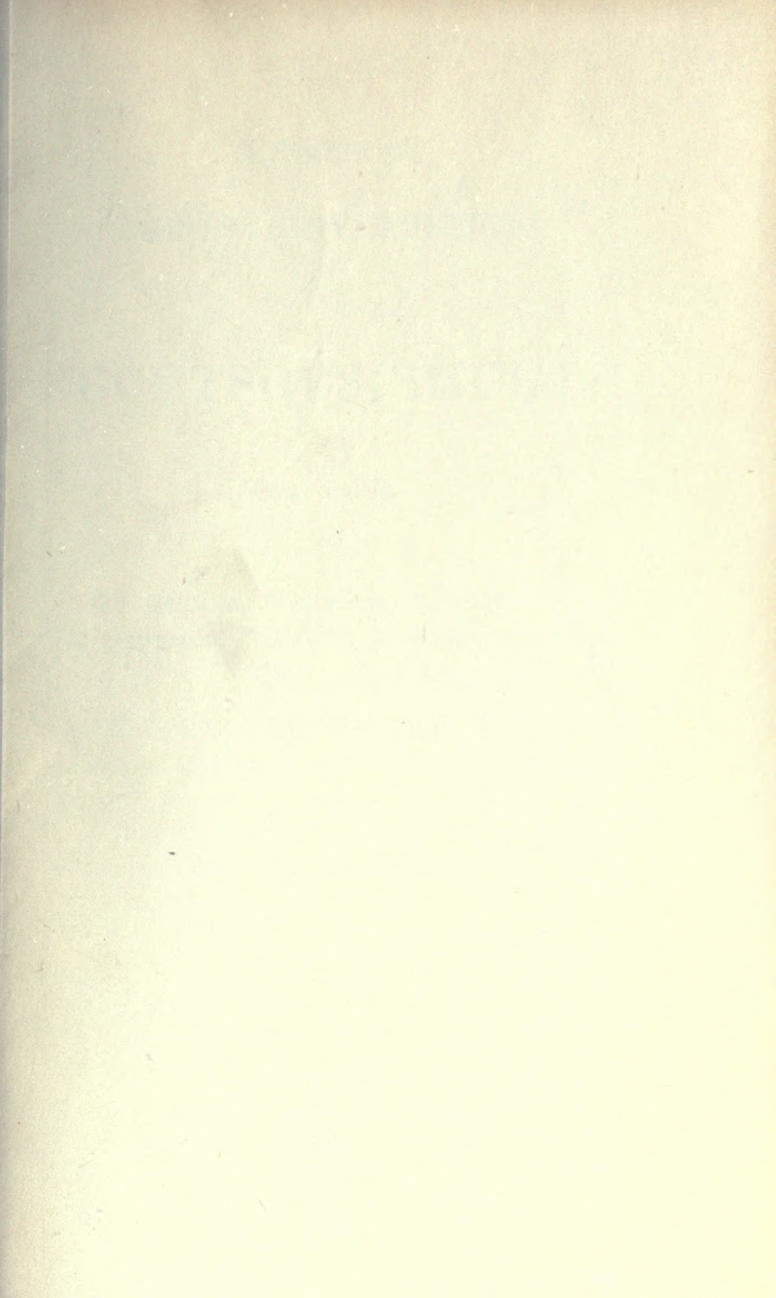
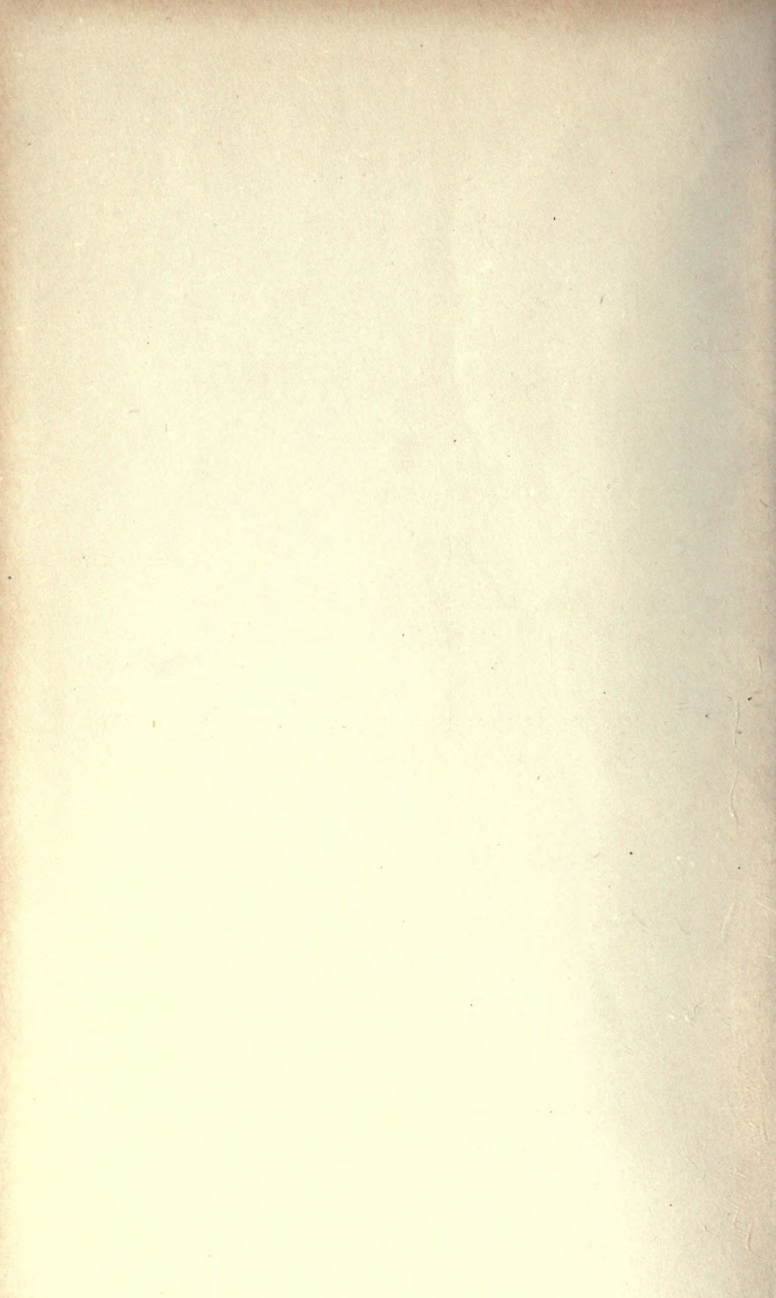












ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, L. MITTEIS, R. SCHRÖDER,
H. BRUNNER, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

35-36 (1914-1915

FÜNFUNDDREISSIGSTER BAND -36. BAND

XLVIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1914.

WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXV. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Literatur: Seite

I.

Exegetica.

Von

Herrn Prof. Dr. **Fr. Eisele**

in Freiburg i. Br.

I.

l. 44 D. 18, 1.

Marcianus l. III regularum.

> Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.

Dieses Fragment ist in dem deutschen corpus iuris, herausgegeben von Otto, Schilling und Sintenis, wie folgt übersetzt:

> Wenn einer zwei Sklaven zusammen um einen Gesamtpreis gekauft hat, von denen der eine vor dem Verkauf gestorben ist, so besteht auch hinsichtlich des am Leben Verbliebenen der Kauf nicht fort.

Daß die Übersetzung „so besteht . . . der Kauf nicht fort“ unrichtig ist, dürfte klar sein, und es soll darüber kein Wort weiter verloren werden. Es ist aber auch die Übersetzung von pariter durch „zusammen“ zu beanstanden. „Zusammen“ soll ohne Zweifel soviel bedeuten, wie „zugleich“, d. h. mittelst eines Vertrags. So wird das Wort in unserer Stelle auch verstanden von Heumann-Seckel, Handlexikon, wo pariter mit „gleich“, „zugleich“, wiedergegeben ist, und von Dirksen, Manuale, wo wir lesen: pariter: aequaliter, simul, synonym

similiter und eodem tempore.[1]) Beide zitieren dabei unser Fragment.

Es fragt sich, ob aus dem Tatbestand, wie er nach dieser Übersetzung von pariter sich ergibt, die getroffene Entscheidung sich rechtfertigen lasse. Dies ist zu bestreiten.

Cujaz erledigt unser Fragment mit der lakonischen Bemerkung: ratio huius legis est petenda ex l. cum eiusdem generis ad aed. ed.[2]) (fr. 34 aus Africans l. 6 quaest.). Mit Recht nimmt Cujaz hier die Analogie in Anspruch, denn in unserem Fragment ist von Nichtigkeit des Kaufs die Rede, in dem von Cujaz in Bezug genommenen fr. 34 dagegen von Anwendung der ädilizischen Klagen, also von einem gültigen Kauf. Die Analogie besteht aber darin, daß bei mehreren Kaufobjekten dasselbe Tatbestandsstück, welches zur Redhibition aller führt, wenn auch nur bei einem der Objekte ein ädilizischer Mangel vorliegt, dann, wenn auch nur eines der Objekte zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags nicht mehr existierte, Nichtigkeit des Kaufs zur Folge hat.

Welches dieses Tatbestandsstück im Falle der Redhibition sei, darüber lassen uns die Quellen nicht im unklaren. Am ehesten könnte man noch gerade auf Grund der cit. l. 34 Zweifel hegen. Diese lautet, zunächst in ihrem pr., wie folgt:

> Cum eiusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum

---

[1]) Nur simul und das synonyme eodem tempore, bei Heumann „zugleich", kommen in Betracht; aequaliter (synonym similiter), bei Heumann „gleich", beziehen sich auf eine andere Verwendung des Wortes pariter, wie wir sie z. B. in l. 9 pr. D. 45, 2 finden: „in gleicher Weise, unter gleichen Bedingungen".

[2]) Commentatio in tit. I de contr. empt. lib. 18 Dig., opp. vol. VII, 696 E. (Mutin. 1779). Vgl. auch IV, 224 B. Ganz anders VII, 681 E.: da die zwei Sklaven um einen Preis verkauft seien, so habe man wegen der Schwierigkeit, den Preis für den Überlebenden zu ermitteln, es für das beste gehalten, den ganzen Kauf für nichtig zu erklären. Daß eine solche Schwierigkeit durch die Einheit des Preises nicht gegeben war, zeigt die analog zu verwertende l. 36 D. 21, 1.

una, interdum plures venditiones contractae intellegantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur.

Danach sollte man meinen, es komme lediglich darauf an, ob ein Kauf oder mehrere Käufe vorliegen: wenn ein Kauf, dann können wegen Mangelhaftigkeit eines Stückes alle redhibiert werden, sonst nur das mangelhafte Stück; und für die Frage, ob ein Kauf oder mehrere Käufe vorliegen, sollte entscheidend sein, ob für die mehreren Kaufobjekte Einzelpreise bestimmt sind oder aber ein Einheitspreis. Es zeigt aber gleich der § 1 des Fragments, daß dieselbe Rechtsfolge, wie sie bei una emptio angenommen ist, auch eintreten kann, wenn das pretium für die einzelnen Stücke gesondert ausgeworfen ist. African fährt nämlich fort:

Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant, scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non[1]) nisi omnes habere expediat.

Hiernach scheint African immer dann una emptio anzunehmen, wenn alle Stücke wegen eines bei einem derselben sich vorfindenden Mangels redhibiert werden können, gleichviel, ob Einheitspreis oder Einzelpreise.[2])

---

[1]) Dies non ist mit Haloander zu streichen. Statt neutri non zu lesen emptori non, was in der italienischen Oktavausgabe der Digesten (Milano 1908) vorgeschlagen wird, empfiehlt sich nicht. Es ist dabei nicht beachtet, daß es auch im Interesse des Verkäufers liegen kann, alle Stücke zurückzuerhalten (vgl. l. 38 § 14 D. 21, 1: in qua re tam emptori quam venditori consulitur), und daß gerade in unserem fr. 34 diese Doppelseitigkeit des Interesses zum Ausdruck kommt: ut omnes redhiberi possint vel debeant, ferner: non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse. Zu neutri ist übrigens zu bemerken, daß damit nicht zum Ausdruck gebracht werden soll, die Trennung der Stücke dürfe keinem von beiden Teilen passen, sondern nur, sie dürfe dem einen oder dem andern nicht passen.

[2]) Natürlich ist im letzteren Falle immer vorausgesetzt, daß die Einzelstücke von einem und demselben Verkäufer erworben sind.

Gibt sonach African im § 1 selbst zu, daß trotz Bestimmung von Einzelpreisen doch una emptio (in seinem Sinne) vorliegen kann, so zeigt uns l. 36 desselben Titels, daß umgekehrt trotz unum pretium es doch vorkommen kann, daß von mehreren uno pretio verkauften Sklaven doch nur der Sklave redhibiert werden kann, bei dem sich der Mangel findet. Das Fragment ist von Pomponius l. 23 ad Sab. und lautet:

> Si plura mancipia uno pretio venierint et de uno eorum aedilicia actione utamur, ita demum pro bonitate eius aestimatio fiet, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit: quod si singulorum mancipiorum constituto pretio universa tanti venierunt, quantum ex consummatione singulorum fiebat, tunc cuiusque mancipii pretium, seu pluris, seu minoris id esset, sequi debemus.

Da der Käufer den Preis des zu redhibierenden Sklaven zurückfordern kann, so frägt sich, wie dieser im Falle der Vereinbarung eines Gesamtpreises zu ermitteln sei. Pomponius entscheidet ganz sachgemäß verschieden, je nachdem ein wirklicher Einheitspreis oder aber ein durch Zusammenaddierung vereinbarter Einzelpreise gefundener Gesamtpreis vorliegt. Entsprechend würde auch bei a° quanti minoris zu verfahren sein.

Wir sehen: in Wahrheit entscheidet unum pretium, una emptio nicht. Worauf es aber wirklich ankommt, sagt uns African im § 1 gleichwohl deutlich genug:

> cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse[1]):

Die mehreren Sachen müssen, um uns der Redeweise des BGB. zu bedienen[2]), als zusammengehörig gekauft oder verkauft sein. Will man den Ausdruck una emptio

---

[1]) So auch Fr. Mommsen, Beitr. I S. 173. Nicht glücklich ist dann aber die Sache gewendet S. 174: „hier ist es so anzusehen, als ob jede einzelne Sache das Hauptobjekt des Kontrakts bilde". Das ist offenbar so gemeint: es ist immer die Sache, die vor dem Vertragsschluß untergegangen ist, als Hauptsache anzusehen. Da fragt es sich aber: warum das? und es zeigt sich, daß diese Erklärung nichts erklärt.

[2]) BGB. § 469 S. 2.

für diesen Fall gebrauchen, so muß man sich dessen bewußt sein, daß das maßgebende, die Einheit herstellende Moment nicht in dem unum pretium[1]), sondern in dem anderen Leistungsobjekt, der merx, zu suchen ist. Die mehreren Kaufobjekte bilden, wenn sie als zusammengehörig gehandelt sind, nur eine Ware. Die Beispiele im § 1 bestätigen das: ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet. Bestätigend ist auch l. 38 § 14 eod. tit. (Ulp. l. 2 ad ed. aed. cur.):

> cum autem iumenta paria veneunt, edicto expressum est, ut, cum alterum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhibeatur: in qua re tam emptori quam venditori consulitur . . . simili modo et si triga venierit, redhibenda erit tota, et si quadriga[2]), redhibeatur. sed si duo paria mularum sint, et una mula vitiosa sit vel par[3]), solum par redhibebitur, alterum non: si tamen nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint, unius erit mulae redhibitio.

Wir sind in den die Redhibition betreffenden Stellen wiederholt auf „Paare" als auf Sachen, die zusammengehören und als solche verkauft sind, gestoßen. Das ist ein deutlicher Fingerzeig, wie das pariter in unsrer l. 44 zu verstehen ist. Es bedeutet „paarweise", „als ein Paar", und dies wird durch folgende Erwägungen außer Zweifel gestellt.

1. Der Tatbestand, welcher die Entscheidung rechtfertigen soll, wäre unvollständig, wenn pariter die Bedeutung von simul hätte, denn in dem uno pretio liegt,

---

[1]) Vgl. l. 38 § 14 D. 21, 1: si . . . . simpliciter (ohne Zusammengehörigkeitsbestimmung) quatuor mulae uno pretio venierint, unius mulae erit redhibitio, non omnium.

[2]) Mommsen repetiert quadriga, während Fadda inserieren will tota. Ersteres ist wohl vorzuziehen, weil der Ausfall eines Wortes, das wiederholt ist, sich leichter erklärt.

[3]) vel par ist wohl Interpolation oder Glossem. Ist von zwei Maultierpaaren eines fehlerhaft, so versteht es sich doch wohl von selbst, daß nur dieses eine Paar zu redhibieren ist. Dagegen scheint bei solum par etwas ausgefallen zu sein (das Paar, zu dem das fehlerhafte Stück gehört), wodurch das Wort alterum erst einen Sinn bekommt. Die Basiliken ergeben nichts.

trotz l. 34 pr. D. 21, 1 die Rechtfertigung nicht, wie l. 36 D. eod. tit. und die oben S. 5 Note 1 ausgehobenen Worte aus l. 38 § 14 eod. zeigen.

2. Würde pariter soviel bedeuten, wie simul, so wäre es überflüssig, da schon durch die Worte uno pretio gegeben ist, daß ein Kaufkontrakt vorliegt.

3. Bedeutet dagegen pariter „paarweise" = „als ein Paar", so ist mit dem Worte die Entscheidung kurz und bündig gerechtfertigt. Nicht zwei Sklaven sind verkauft, sondern ein bestimmtes Sklavenpaar. Dieses existiert nicht mehr, sobald auch nur einer der Sklaven gestorben ist; m. a. W. es liegt dann nicht etwa teilweise, sondern totale Unmöglichkeit der Leistung vor.[1])

Es mag noch die Frage aufgeworfen werden, ob pariter in der vorstehend für l. 44 D. 18. 1 nachgewiesenen Bedeutung auch sonst noch in der lateinischen Literatur zu belegen ist. Die von mir angestellten Nachforschungen ergeben kein zweifelsfreies Resultat.

Die großen Handwörterbücher von Freund und Georges enthalten nichts.

Bei Forcellini (De Vit) ist erwähnt der Ausdruck pariter par, und er wird wie folgt erklärt:

> pariter par dicitur numerus, qui potest teste Boeth. I Arithm. 9 in duo paria dividi, eiusque pars in alia duo paria . . . ut hoc toties fiat, usque dum divisio partium ad indivisibilem naturaliter perveniat unitatem.

Man kann dies so verstehen: eine Zahl heißt paarweise gerad, wenn sie aus einem Paar gerader Zahlen besteht, die wieder paarweise gerade Zahlen sein können ($64 = 32 + 32$; $32 = 16 + 16$ usw. bis zu $2 = 1 + 1$, welches nicht mehr pariter par ist).

Im Tursellinus von F. Hand fand ich s. v. pariter (vol. IV p. 387 sqq.) nur eine Stelle, wo pariter allenfalls die Bedeutung „paarweise" haben kann. Seneca ep. 5, 6 sagt von Furcht und Hoffnung:

> sic ista, quae tam dissimilia sunt, pariter incedunt;

[1]) Es erhellt auch ganz klar, daß die von Fr. Mommsen versuchte Fiktion, es sei jede der mehreren Einzelsachen als Hauptsache anzusehen (oben S. 4 Note 1), ganz überflüssig ist.

er vergleicht: quemadmodum eadem catena et custodiam[1]) et militem copulat, und sagt im vorhergehenden: dices, quomodo ista tam diversa pariter sunt. Ita est, mi Lucili: cum videantur dissidere, coniuncta sunt.

Man sieht: keine dieser Stellen liefert einen sicheren Beleg für das Vorkommen von pariter in der Bedeutung „paarweise". Wenn es aber auch, in dieser Bedeutung genommen, in unserem Fragment als ein ἅπαξ λεγόμενον anzusprechen ist, so kann daraus gegen die Richtigkeit unsrer Auslegung nichts hergeleitet werden, und so hätte denn auch einmal der Jurist dem Lexikographen einen kleinen Dienst erwiesen.

II.

l. 3 D. 41, 7.

Modestinus l. VI differ.

An pars pro derelicto haberi possit, quaeri solet. et quidem si in re communi socius partem suam reliquerit, eius esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto; atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Diese vielbesprochene Stelle hat das Interesse der Zivilisten nach zwei Richtungen hin in Anspruch genommen. Einmal in der Streitfrage betr. die Akkreszenz der ideellen Anteile beim Miteigentum; sodann hinsichtlich der Frage, welches der innere Grund der am Schlusse der Stelle gegebenen Entscheidung sei, daß ein Alleineigentümer eine pars seines Eigentums nicht derelinquieren könne.

Wir werden uns im folgenden hauptsächlich mit der zweiten Frage beschäftigen. Hinsichtlich der ersteren müssen wir durchaus Windscheid beistimmen, wenn er sagt[2]), es könne nicht zugestanden werden, daß in der l. 3

---

[1]) Kann verwendet werden zum Beweis der Richtigkeit der schon von Keller vertretenen Auffassung von tutela in der Verbindung von (lege) agere pro tutela.

[2]) Pandekten I, § 169ᵃ Anm. 5 (8. Aufl. S. 774). Zustimmend G. Rümelin, Teilung der Rechte S. 56; neuerlich auch v. Seeler, Die Lehre vom Miteigentum nach röm. Recht (1896) S. 67.

als Folge der Dereliktion des Eigentumsanteils Herrenlosigkeit desselben bezeichnet werde; die Stelle sage einfach, daß der Eigentumsanteil mit rechtlicher Wirkung derelinquiert werden könne; mit welcher rechtlichen Wirkung, darüber sage sie nichts. Es handelt sich hierbei um die Tragweite der Worte ut hoc sit in parte, quod in toto. Wenn durch sie die Dereliktion der ganzen Sache seitens des Alleineigentümers mit der Dereliktion der ihm zustehenden pars seitens des Miteigentümers in jeder Beziehung gleichgestellt werden soll, so haben allerdings die Gegner der Akkreszenz recht: bei der ersterwähnten Dereliktion kann von Akkreszenz keine Rede sein, also findet auch bei der zweiten eine solche nicht statt. Es versteht sich aber doch wohl von selbst, daß die Gleichstellung sich nur auf das bezieht, wovon die Rede ist, und dies ist lediglich die Möglichkeit einer Dereliktion. Wer die Gleichstellung weiter ausdehnen will, muß dafür ausreichende Gründe angeben, und solche finden sich in der Stelle nicht.[1]) Ob sie nicht im Gegenteil etwas füı die Akkreszenz ergibt, wird sich später zeigen.

Auf die zweite Frage näher einzugehen, veranlaßt uns die Art und Weise, wie die Entscheidung atquin totius rei dominus usw. neuestens von Sokolowski in dem Buche: Die Philosophie im Privatrecht (Bd. I S. 418ff.) begründet worden ist.[2]) Seine hierauf bezüglichen Aus-

---

[1]) Das Gegenteil sucht darzutun Eck, Die doppelseit. Klagen des röm. Rechts S. 94 N. 329. Er sagt über unsre Stelle: „offenbar will „hier Modestinus die Herrenlosigkeit (pro derelicto haberi) in dem ersten „Fall für möglich, in dem zweiten für unmöglich erklären. Durch Ak-„kreszenz aber würde dieselbe in allen Fällen gleichmäßig ausgeschlossen „sein". Hier ist verschiedenes zu beanstanden. Herrenlosigkeit und pro derelicto habere ist doch nicht dasselbe, sondern erstere ist Folge des letzteren (aber nicht immer!); sodann ist mit eius esse desinit nicht gesagt, daß die vom Miteigentümer derelinquierte pars herrenlos wird, sondern nur, daß sie ihm nicht mehr gehört. Was aber den zweiten Fall betrifft: wem soll denn die vom Alleineigentümer derelinquierte pars akkreszieren?

[2]) In der von ihm besorgten 8. Auflage der Dernburgschen Pandekten hat Sokolowski den § 64 (bei Dernburg § 76) auf Grundlage dieses Werkes neu bearbeitet. Dagegen stimmt der § 158, der vom Begriff des Miteigentums handelt, mit dem § 195 der Dernburgschen

führungen können aber nur dann richtig gewürdigt werden, wenn man seine eigentümliche Auffassung des römischen Miteigentums kennt. Wir müssen daher eine Darstellung und, soweit erforderlich, eine Kritik dieser Auffassung vorausschicken.

Anknüpfend an die antike Philosophie sagt Sokolowski (S. 405): „da in jedem Objekte zwei Momente, die Idee und ihre körperliche Erscheinung, unterschieden wurden so war eine doppelte Art der Teilbarkeit möglich. Es gab eine Teilung der Idee und des Körpers, eine ideelle, intellektuelle, intellegible und eine physische Teilbarkeit". Hier scheinen „Teilung der Idee" und „ideelle Teilbarkeit" als gleichbedeutend angenommen zu sein, was sie doch nicht sind; denn „Teilung der Idee" sagt uns, daß die Idee Objekt der Teilung ist, „ideelle Teilbarkeit" aber sagt etwas darüber, wie die Teilung bewerkstelligt werden kann. Auch von einer körperlichen Sache, die physisch unteilbar ist, kann man aussagen, sie sei in der Idee, aber nicht in der realen Wirklichkeit teilbar; und andrerseits kann man, wenn die Idee Objekt der Teilung ist, sagen, daß die entstehenden Teile ebenso eine wirkliche Teilung darstellen, wie bei einer physischen Teilung, nur daß die Teile das eine Mal ideelle, das andre Mal physisch-reale Teile seien. Das letztere sagt, wenn ich ihn recht verstehe, auch Sokolowski selbst S. 408: „Teilung der Idee ist eine wirkliche Sachteilung; es besteht hier eine Analogie mit der physischen Teilung des Körpers."

Wir wollen uns hierbei nicht länger aufhalten. Entschieden widersprechen müssen wir aber der Behauptung (S. 601 Note 804) zu dem Worte „intellegible Teilbarkeit" auf S. 404: dies ist die Bezeichnung der Quellen, sie muß als „philosophischer terminus technicus verstanden werden". Das Wort intellegibilis kommt in unsern juristischen Quellen überhaupt nicht vor. Im Zu-

---

Pandekten (bis auf eine Kürzung in Z. 5) wörtlich überein. Dies ist insbesondere auch der Fall mit der Note 7, wo Dernburg die Entscheidung der l. 3 pro derel. entsprechend der hier vertretenen Auffassung begründet.

sammenhang mit der Lehre von den partes beim Miteigentum kommt allerdings das Wort intellectus vor, und es scheint fast, als ob Sokolowskis Behauptung betreffend das Wort intellegibilis sich darauf gründe. Er sagt nämlich S. 406, die intelligibeln Teile seien „Begriffsteile“ (also doch wohl Teile des Begriffs), „Teile der Sachidee, während die körperliche Gestalt des Dinges unberührt bleibt“ und zitiert dazu (Note 806) l. 5 D. 45, 3: servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Indessen dürfte es vollständig klar sein: in dieser Stelle bedeutet intellectus nicht den Begriff oder die Idee als Objekt der Teilung, sondern den denkenden Geist, in dem und durch den die Teilung vollzogen wird[1]); darüber aber, was geteilt sei, sagt das Fragment nichts.

In anderen Äußerungen Sokolowskis tritt nun seine Ansicht über die rechtliche Natur des Miteigentums, namentlich darüber, was beim Miteigentum geteilt ist, klarer hervor. Objekt der Teilung, die beim Miteigentum stattfindet, ist der Begriff oder die Idee — Sokolowski gebraucht bald das eine, bald das andere Wort — der Sache. Diese „Teilung der Idee ist eine wirkliche Sachteilung, nicht Teilung des Rechts, sondern seine Vervielfältigung; es besteht hier eine Analogie mit der physischen Teilung des Körpers“ (S. 408).[2]) Ferner: „der ideelle Teil galt den klassischen Juristen als selbstständiger Sachbegriff, genau wie die Einzelsache“ (S. 418); „ die ideelle Quote“ ist „eine Begriffssache und ein dingliches Rechtsobjekt“ (S. 424). Begriffssache soll hier offenbar dasselbe sein, was S. 418 Sachbegriff genannt wird und wird zu denken sein als ein Objekt von Sachenrechten, welches aber nur ein Begriff, und zwar der Begriff einer Sache ist.

---

[1]) Vgl. Sokolowski selbst S. 405: „man braucht nur in der ψυχή die Teilung zu vollziehen . . . ebenso kann dieses Begriffsganze . . . im animus geteilt werden“.

[2]) So im Hinblick auf die Äußerung des Q. Mucius, von der Paulus in l. 25 § 1 D. 50, 16 berichtet.

Der Miteigentümer hat aber Eigentum nicht nur am ideellen Teil, sondern auch am ungeteilten Körper der Sache: „in bezug auf ihn“ (den ideellen Teil) „kann man von Eigentum am ungeteilten Körper — totius corporis pro indiviso — und zugleich am Teil — pro parte — reden. Beides unterliegt der Willensherrschaft; in der Welt der Erscheinungen der ganze Körper, in der Welt der Idee nur ein Teil“ (S. 406). Dazu wird Note 808 (S. 597) zitiert l. 5 § 15 D. 13, 6: duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.

Wenn nun das Recht des Miteigentümers sowohl die ungeteilte körperliche Sache zum Objekt hat, als den intelligibeln Teil, so erhebt sich die Frage nach dem Wie des Objektseins in dem einen und dem andern Falle. Bezüglich des ideellen Teils haben wir darüber eine Angabe: er ist Eigentumsobjekt wie ein Sachteil (408), wie eine Einzelsache (418) Eigentum des Alleineigentümers ist. Ist nun die ungeteilte körperliche Sache auch in derselben Weise Eigentum des Miteigentümers, wie sie Eigentum des Alleineigentümers ist? Doch wohl nicht, denn sonst käme man zu der Behauptung, daß der Miteigentümer zugleich auch Alleineigentümer sei. Daß der ungeteilte Körper der Sache Eigentumsobjekt sei in der Welt der Erscheinungen, der intelligible Teil dagegen in der Welt der Idee, sagt, soviel ich sehen kann, darüber nichts, in welcher Weise die ungeteilte körperliche Sache Objekt des Miteigentums sei. Wohl ist in der von Ulpian referierten Äußerung des Celsus (l. 5 § 15 D. 13, 6) von einem dominium totius corporis pro parte die Rede; pro parte kann aber schlechterdings nicht, wie es Sokolowski S. 406 tut, übersetzt werden mit „an einem Teil“. Vielmehr wird bei dominium und dominus das Objekt des Eigentums im Genetiv angegeben, wie gerade in der soeben zitierten Stelle: partis corporis dominium, totius corporis dominium; oder es wird mittelst in c. abl. beigefügt, wie z. B. in l. 66 § 2 D. 31: plures in uno fundo dominium obtinent.

In der l. 5 § 15 D. 13, 6 findet sich allerdings eine Bestätigung der Ansicht Sokolowskis, daß Objekt des Miteigentums die ganze ungeteilte körperliche Sache sei. Es wird aber auch darüber, wie diese ungeteilte körperliche Sache Objekt des Miteigentums sei (was wir bei Sokolowski vermißten), etwas ausgesagt, nämlich durch die Worte pro parte; diese Worte hat Sokolowski in ganz unzulässiger Weise, wie bemerkt, durch „an einem Teil" übersetzt und dadurch für das Miteigentum die pars als Objekt gewonnen. Wie aber pro parte unmöglich bedeuten kann „an einem Teil", so steht andrerseits in den Quellen nirgendwo geschrieben, daß der Miteigentümer ein dominium partis oder in parte habe. Dagegen kann nicht geltend gemacht werden, daß in den Quellen von partem vendere, pignori dare, vindicare, derelinquere gesprochen wird, denn pars bedeutet in diesen Redewendungen nicht das Objekt des Miteigentums, sondern das Miteigentumsrecht selbst als Objekt des betreffenden Rechtsaktes.

Durch die l. 5 § 15 D. 13, 6 kann also die „selbständige Objektsnatur des ideellen Teils" (S. 420) nicht bewiesen werden. Sie soll aber noch besonders überzeugend aus unserer Modestin-Stelle sich ergeben (cit. S. 420); wir wollen nun sehen, wie Sokolowski dies begründet.

Sokolowski stellt (S. 419) die Frage so: weshalb kann der Alleineigentümer nicht das gleiche Resultat herbeiführen, welches beim Miteigentümer anstandslos genehmigt wurde? Weshalb kann er nicht von sich aus einen ideellen Teil seiner bisher ungeteilten Sache mit der „mens derelinquendi" aufgeben und damit herrenlos machen? Bei dieser Fragestellung wird als feststehend angenommen, daß, wenn der Miteigentümer seine pars derelinquiert, diese herrenlos wird. Es wird sich zeigen, daß gerade bei dieser Annahme eine Erklärung der differenten Behandlung der beiden Fälle unmöglich ist. Sokolowski versucht sie in folgender Weise zu geben.

Er sagt: durch Dereliktion einer pars seitens des Alleineigentümers würde ein unlöslicher Widerspruch erzeugt werden. „Denn durch den Besitz der ungeteilten

körperlichen Sache hält der Eigentümer sie als einheitlichen Begriff[1]) nicht nur corpore, sondern auch animo oder mente zusammen; durch seinen Willen zu derelinquieren gibt er mit derselben mens einen Teil preis. Indem der Alleineigentümer fortfährt, die Sache als ungeteiltes Ganzes, als objektiven Einheitsbegriff[2]) zu beherrschen, wird durch jede Besitzhandlung an demjenigen Teil, welchen der dominus zu behalten gedenkt, auch der sogenannte derelinquierte Teil begrifflich beeinflußt und beherrscht."

Lassen wir diejenigen Punkte außer Betracht, welche sich unserer Kritik entziehen, weil eine Feststellung, was eigentlich gemeint sei, uns nicht möglich ist, so bleibt doch immer noch etwas Festes, an das wir uns halten können, nämlich das, was Sokolowski bezüglich des Besitzes sagt. Er unterstellt, daß der Alleineigentümer nach der (wirkungslos) vorgenommenen Dereliktion einer pars fortfahre, die körperliche Sache als ungeteiltes Ganzes zu beherrschen. Aber was nötigt denn zu der Annahme, daß der Derelinquent den Besitz der Sache behalte, daß er nach der Dereliktion noch Besitzhandlungen vornehme?[3]) Man muß annehmen, Sokolowski sei der Ansicht, daß zur Dereliktion des Eigentums ein Willensakt genüge, der Besitz dagegen könne solo animo nicht aufgegeben werden. Gerade das Gegenteil ist aber römisches Recht, wie die bekannte l. 17 § 1 D. 41, 2 (Ulp. l. 76 ad ed.) bezeugt:

---

[1]) Ist damit gemeint die Idee der Sache als eines Ganzen im Gegensatz zum intelligibeln Teil?

[2]) Ist dies dasselbe, was vorher „einheitlicher Begriff" heißt? Ebendasselbe Ding heißt S. 420 (oben) wieder „körperlich ungeteilte Einheitssache", was doch auf die ungeteilte körperliche Sache zu gehen scheint. Was ist nun eigentlich gemeint?

[3]) S. 419/20: „Besitzhandlung an demjenigen Teil, welchen der dominus zu behalten gedenkt." Es wäre interessant, zu erfahren, wie Sokolowski sich Besitzhandlungen an einem ideellen Teil denkt. Wenn er S. 420 sagt: „solange ich ein Grundstück, dessen ideelle Hälfte ich derelinquiere, fortfahre als körperlich ungeteilte Einheitssache zu besitzen, erstreckt sich jede Besitzhandlung begrifflich auf das Ganze und nicht nur auf einen Teil", so sollte man meinen, er halte Besitzhandlungen an einem ideellen Teil für unmöglich.

> differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit, nolle possidere.

Diese Stelle beweist, daß die Annahme von Sokolowski, der derelinquierende Eigentümer sei nachher noch Besitzer der ungeteilten körperlichen Sache, nicht nur nicht notwendig, sondern daß sie unmöglich ist, daß also der Widerspruch, durch den Sokolowski die Entscheidung der l. 7 pro derel. erklären will, überhaupt nicht vorkommen kann. Der besitzende Eigentümer verliert den Besitz, sobald er constituit nolle possidere[1]), behält aber das Eigentum; der Wille, das Eigentum aufzugeben, genügt zur Eigentumsdereliktion nicht. Zur Eigentumsdereliktion gehört als Erfordernis Besitzaufgabe, und zwar kann hier Besitzaufgabe durch nolle possidere nicht genügen, denn sonst müßten wir Ulpian vorwerfen, er habe ein Spiel mit Worten getrieben: der Eigentümer brauchte ja dann nur zunächst das nolle possidere zu erklären, um sofort die Erklärung, daß er auch das Eigentum aufgebe, daran anzuschließen.

Der Versuch Sokolowskis, die Schlußentscheidung der l. 7 pro derel. zu erklären, muß als gänzlich mißlungen bezeichnet werden. Insbesondere ist auch nicht erklärt, warum für den Fall, wenn ein Alleineigentümer eine pars derelinquieren will, anders entschieden wird, als in dem Fall, wenn ein Miteigentümer seine pars derelinquiert. In beiden Fällen würde, da nach Sokolowski bei Dereliktion einer pars seitens eines Miteigentümers Akkreszenz nicht eintritt, dieselbe rechtliche Situation das Ergebnis sein, nämlich die, daß eine pars im Eigentum steht, die andere herrenlos ist. Warum dies möglich sein soll, wenn ein Miteigentümer seine pars derelinquiert, unmöglich,

---

[1]) Ob dazu ein rein innerlich bleibender Entschluß genüge, oder immerhin irgendeine Äußerung des Willens, wenn auch nur durch Worte, erforderlich sei, soll hier dahingestellt bleiben. Vgl. über diese Frage jetzt Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte S. 99ff.

wenn ein Alleineigentümer eine pars derelinquieren will, ist nicht einzusehen.

Eine solche Erklärung ist auch Cuiacius nicht gelungen. Er bemerkt zu unserem Fragmente folgendes[1]): Addit etiam Modestinus in l. 3 pro derel., totius rei dominum desinere esse dominum nudo animo, nuda voluntate[2]), hoc uno casu, si rem pro derelicto habeat. Et similiter partis rei dominum, qui scilicet rem communem cum alio habet pro indiviso, partis dominum esse desinere, si eam pro derelicto habeat, atque ita prorsus idem esse in parte, quod in toto. Verum statim subiecit in d. l. 3 . . . hoc non esse perpetuum. Nam . . . totius rei dominus . . . non potest partem derelinquere et partem retinere, partem pro indiviso scilicet quae incerta est, et intellectu, non sensibus percipitur. Itaque natura non fert, ut possit derelinqui pars pro indiviso, quae non est, sed intellegitur; partem certam derelinqui posse nemo ambigit, quia pars certa veluti totum quoddam est.[3])

Warum die Natur der Sache es nicht zuläßt, daß der Alleineigentümer eine pars pro indiviso derelinquiert, wird nicht gesagt. Cujaz scheint den Grund gerade darin zu finden, daß es sich um einen „ideellen Teil" handelt, denn unter pars certa versteht er nicht eine pars certa pro indiviso, die es ja auch gibt[4]), sondern einen realisierten Teil. Daß man sich aber hierbei nicht beruhigen kann, ist klar.

Die zu beantwortende Frage ist: warum kann der Alleineigentümer es nicht zuwege bringen (efficere), daß

---

[1]) Comment. in l. VI differentiarum Her. Modestini, opp. I 1154sq. (Mutin. 1777).

[2]) Das ist in der Stelle nicht zu finden, es wäre denn, daß man folgendermaßen argumentierte: „wenn der Miteigentümer seine pars derelinquiert, so geschieht es nudo animo, nuda voluntate" — das ist aber doch noch die Frage! — „dasselbe muß daher auch gelten, wenn der Alleineigentümer derelinquiert, denn es heißt ja: ut hoc sit in parte quod in toto" — damit würde man aber die Gleichsetzung weiter erstrecken, als es nach dem Zusammenhang zulässig ist.

[3]) Pars certa ist hier ein realisierter Teil; Cujaz hat hier die Stelle l. 25 § 1 D. 50, 16 im Sinn.

[4]) Sie ist sogar die Regel; eine in rem actio incertae partis wurde nur in paucissimis causis gegeben, Gai. 4, 54.

er sein Eigentum zu einem Bruchteil behält, zu dem andern aber derelinquiert? Die Antwort ist[1]): weil er etwas anderes nicht zuwege bringen kann, was für jenes unerläßliche Bedingung ist. Durch Dereliktion einer pars kann er nicht bewirken, daß noch ein zweiter Eigentümer der Sache da ist; ein solcher muß aber da sein, wenn der derelinquierende Alleineigentümer Eigentümer zu einer Quote werden soll, denn das römische Recht kennt ein Quoteneigentum (pro partibus indivisis, Eigentum zu Bruchteilen nach dem Ausdruck des BGB.) nur als Miteigentum, d. i. als Eigentum mehrerer an derselben ungeteilten (teilbaren oder unteilbaren) Sache. Dies gilt übrigens von jedem Recht, welches Quoteneigentum statuiert (also auch von dem des BGB.), denn Quoteneigentum ist in andrer Weise gar nicht durchführbar — worüber unten noch einiges gesagt werden soll.

Auch Besitz pro partibus indivisis ist nur möglich als Besitz mehrerer an derselben ungeteilten Sache, und der Alleinbesitzer könnte durch ein auf eine pars gerichtetes nolle possidere ebensowenig bewirken, daß diese pars besitzlos wird und er selbst nur noch Quotenbesitzer wird, wie der Alleineigentümer ein entsprechendes Resultat durch Dereliktion einer pars herbeizuführen imstande ist. Es ist interessant, zu sehen, wie sich dies auch Sokolowski aufdrängt, wenn er (S. 420) sagt, eine wirkliche Ausscheidung des ideellen Teils könne bloß auf dem Wege der Übertragung auf ein anderes Rechtssubjekt erfolgen, denn nur dadurch werde der Alleinbesitz zerstört; das heißt, klar und deutlich ausgedrückt: zur Herabsetzung des Alleineigentums wie des Alleinbesitzes auf Quoteneigentum bzw. Quotenbesitz ist unerläßlich, daß neben den Alleineigentümer, den Alleinbesitzer ein zweiter Eigentümer, ein zweiter Besitzer tritt, und dies geschieht durch Übertragung derjenigen pars, die der Alleineigentümer, Alleinbesitzer nicht behalten will, auf einen andern.

Jetzt erklärt sich auch aufs einfachste, warum in dem einen Falle, wenn von einem Miteigentümer die Rede ist,

---

[1]) Ähnlich schon Czyhlarz in Glück, Serie der BB. 41 und 42, Tl. I S. 132f. und danach Dernburg a. a. O. (oben S. 8 Note 2).

die Dereliktion einer pars für möglich erklärt wird, in dem andern Falle, wenn ein Alleineigentümer in Frage kommt, dagegen nicht. Im zweiten Falle würde die Dereliktion einer pars ergeben, daß die Sache zu einem Bruchteil im Eigentum steht, zum andern herrenlos ist: also Quoteneigentum, welches nicht Miteigentum ist, eine rechtlich (und wirtschaftlich) unmögliche Situation. Wird nun für den ersten Fall die Dereliktion für möglich und zulässig erklärt, so muß das daher kommen, daß in diesem Falle durch die Dereliktion die erwähnte, als unmöglich bezeichnete Situation nicht entsteht. Sie entsteht aber dann nicht, und zwar nur dann nicht, wenn die derelinquierte pars dem andern Miteigentümer akkresziert.

Wir kommen zu dem Ergebnis, daß die l. 3 pro derel. gegen die Akkreszenz einer derelinquierten pars nicht nur nichts beweist, sondern vielmehr ein gewichtiges Argument für die Akkreszenz liefert, insofern nur unter Voraussetzung dieser eine befriedigende Erklärung der am Schlusse des erwähnten Fragments getroffenen Entscheidung sich geben läßt. Dieses „nur" bedarf allerdings noch einer Rechtfertigung gegenüber der Erklärung, die Göppert unter Zustimmung von Eck[1]) von unserer Stelle gegeben hat.[2]) Er sagt: Der socius, der nur pro parte besitzt, könne diese pars derelinquieren, weil er seinen Besitz „äußerlich erkennbar aufgeben kann" (si partem suam reliquerit).[3]) Dagegen der Alleineigentümer, auch wenn er die Absicht hat, einen ideellen Teil aufzugeben, bewirkt doch nicht, daß dieser als herrenlos angesehen werden kann, weil das zur Dereliktion wesentlich erforderliche Moment der Besitzaufgabe nicht äußerlich zur Erscheinung gelangt, solange er die Sache noch in seiner Gewalt hat, mag er auch seinen animus possidendi nur noch auf einen ideellen Teil beziehen."

---

[1]) A. a. O. Note 329.

[2]) Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preuß. allgem. Landrecht (1864) S. 49.

[3]) In dem lateinischen Text, den Göppert, wie oben steht, in Paranthese beifügt, kommt das „äußerlich erkennbar" nicht zum Ausdruck, auch ist nicht von Besitz-, sondern von Eigentumsaufgabe die Rede.

Zunächst konstatieren wir, daß Göppert, obwohl im allgemeinen zur Besitzaufgabe ein nolle possidere genügt, doch bei der Eigentumsdereliktion eine reale Besitzaufgabe verlangt[1]), allerdings ohne dies zu begründen. Dann entsteht aber die Frage: warum kann der Alleineigentümer (der zugleich auch Alleinbesitzer ist) den zur Partialdereliktion erforderlichen Tatbestand nicht herstellen? Warum kann, solange er die Sache überhaupt noch in seiner Gewalt hat, das Moment der Besitzaufgabe pro parte äußerlich nicht zur Erscheinung gelangen? Darauf gibt Göppert keine Antwort; es ist m. E. nur diese Antwort möglich: weil auch zur Besitzaufgabe pro partibus indivisis immer zwei Besitzer gehören. Der Alleineigentümer kann seinen Willen, den Besitz der Sache teilweis aufzugeben, an der Sache selbst, sofern sie teilbar ist, äußerlich zur Erscheinung bringen; dann haben wir aber reale Teile und in weiterer Folge Dereliktion eines realen Teils. Bei ideeller Teilung hat der partielle Herrschaftswille im Objekt keine äußere Verwirklichung; diese kann nur in dem Vorhandensein eines weiteren berechtigten Subjekts liegen; durch sein Vorhandensein partes fiunt.

Zur Befestigung der von uns gegebenen Auslegung wollen wir jetzt noch einiges zu dem Streit über das Akkreszenzrecht beim Miteigentum bemerken.

Für dieses Akkreszenzrecht kann allerdings nicht verwendet werden die Bestimmung Cod. 10, 14, 1[2]) über den socius imperialis liberalitatis, wohl aber das, was im vorjustinianischen Recht für den Fall vorgeschrieben ist, daß ein Miteigentümer eines Sklaven diesen in einer der vom ius civile erforderten Formen freiläßt. In diesem Falle akkresziert die pars des Freilassenden dem andern Miteigentümer.[3]) Daß diese Bestimmung ihren Grund habe

[1]) Dies ist doch wohl gemeint mit den Worten, daß die Besitzaufgabe äußerlich zur Erscheinung kommen müsse.

[2]) Übernommen aus Cod. Theod. 10, 14, 2.

[3]) Fragm. Dosith. 10; Ulp. fr. I, 18, 4; Paul. sent. IV, 12, 1; Inst. II, 7, 4. Über diese Frage handelt ausführlich Steinlechner, Wesen der iuris communio, II S. 59ff.

nicht in der Anwendung eines allgemeinen Prinzips, wonach beim Freiwerden einer ideellen pars des Miteigentums Akkreszenz eintreten müßte, sondern in der Eigentümlichkeit dieses besonderen Falls[1]), hat auf den ersten Anblick viel für sich, kann aber bei genauerem Zusehen nicht aufrechterhalten werden.

Eine unmittelbare Anwendung jenes Prinzips liegt hier allerdings nicht vor. Der manumissor will freilassen, nicht derelinquieren; Eigentumsverlust ist die Folge, wenn er diese seine Absicht erreicht; er selbst aber ist nicht ein beabsichtigter Erfolg. Erreichen kann er aber seine Absicht nicht; denn der Sklave kann unmöglich zu einem Teil Sklave, zum andern Teil Freier sein, und ihm die ganze Freiheit zu gewähren, würde eine Verletzung des Rechts des andern Miteigentümers sein. Hier lagen nun zwei Möglichkeiten vor, zwischen denen man zu wählen hatte. Man konnte sagen: da der beabsichtigte Erfolg nicht erreicht werden kann, hat der Akt keine Wirkung. So wurde es gehalten bei der prätorischen Freilassung inter amicos (Ulp. fr. I, 18, 12). Die alten prudentes aber, offenbar von dem Gedanken geleitet, den in richtiger Form vorgenommenen zivilen Akt wenn immer möglich nicht ohne Erfolg zu lassen[2]), schieden aus der an und für sich einheitlichen Freilassungsabsicht eine in dieser Isoliertheit hier gar nicht vorhandene Absicht, das Eigentum aufzugeben, aus und verliehen ihr Wirkung; sie statuierten, daß der manumissor sein Eigentum am Sklaven verliere. Warum haben sie aber nunmehr überdies noch Akkreszenz festgesetzt? Es gab ja auch servi sine domino, und wenn bei anderen Sachen, wie uns versichert wird, es möglich ist, daß sie zu einem Teil herrenlos sind, zum andern Teil im Eigentum stehen, warum sollte das bei einem Sklaven nicht möglich sein? In der Eigentümlichkeit des Falles kann das seinen Grund nicht haben, denn im vorstehenden ist dargetan, daß mit dem Hinweis

[1]) So Göppert S. 48, Eck S. 95, v. Seeler (oben S. 7 Note 2) S. 65.

[2]) Theophilus Inst. II, 7 § 4 legt sich die Sache anders zurecht, m. E. im Sinne Justinians. Ähnlich, wie wir, Steinlechner a. a. O. S. 71f., Czyhlarz a. a. O. S. 144f.

auf „das Unding"[1]) oder „den Übelstand"[2]) einer partiellen Freiheit die Sache nicht erledigt ist; daß der Sklave nicht teilweise frei wird, bedarf keiner weiteren Erklärung, wohl aber, daß er nicht pro parte herrenlos wird, und diese dürfte allerdings in einem entgegenstehenden Prinzip zu finden sein.[3])

Einen direkten Hinweis darauf, daß nach Aufhebung des Akkreszenzrechts bei der Freilassung ein solches Recht überhaupt nicht mehr existierte, folglich dies der einzige Fall von Akkreszenzrecht gewesen sei, findet v. Seeler (S. 65) in folgenden Worten der Institutionen Justinians (II, 7, 4):

> Erat olim et alius modus civilis adquisitionis per ius adcrescendi, quod tale est et rel.

Da im vorhergehenden von anderem Erwerb durch Akkreszenzrecht nicht die Rede ist, so können diese Worte — darin müssen wir v. Seeler beipflichten — kaum anders verstanden werden, als dahin: „es gab ehedem noch eine andere Art des zivilen Erwerbs, nämlich den durch ius accrescendi". Wäre schon vorher von ius accrescendi die Rede, so würde, was zum Wortlaut besser passen würde, zu übersetzen sein: „es gab ehedem noch eine andere Art des zivilen Erwerbs durch ius accrescendi".[4])

Unseres Erachtens ist aber mit dieser seltsamen Stelle[5]) ein Beweis gegen das Vorhandensein des Akkreszenzrechts beim Miteigentum nicht zu erbringen. Denn wenn sie wirklich besagen will, daß der Fall der Freilassung der einzige zivile Akkreszenzfall sei, so ist das eben einfach unrichtig; beim Vindikationslegat fand ebenfalls Erwerb

---

[1]) Göppert S. 50. [2]) Eck S. 95.

[3]) Vgl. Steinlechner a. a. O. S. 62f.

[4]) So muß Steinlechner die Stelle verstanden haben, da er sie S. 73f. für sich anführt.

[5]) Seltsam ist schon die Einsetzung in den Titel de donationibus. In der Paraphrase des Theophilus ist der § 4 durch eine einleitende Bemerkung an den Titel II, 6 angeknüpft: diximus legitimas adquisitiones, et per usucapionem et per longi temporis possessionem (Reitz). Ferner bemerke man die Unstimmigkeit zwischen pr.: est etiam aliud genus adquisitionis und dem § 4: erat olim et alius modus civilis adquisitionis.

im Wege der Akkreszenz statt (Gai. II, 199), auch dann, wenn man annimmt, daß hier die Akkreszenz nur das Recht aus dem Vermächtnis, nicht das vermachte Eigentumsrecht betreffe, worüber weiter unten noch einiges zu bemerken sein wird.

Ferner weist v. Seeler (S. 65f.) auf D. 40, 12, 7 § 3 hin, wo eine Entscheidung getroffen wird für den Fall, daß zwei Personen einen Freien, der sich in betrügerischer Absicht als Sklaven verkaufen läßt, gemeinsam kaufen, von denen der eine den Sachverhalt kennt, der andere nicht. Die Stelle (aus Ulp. l. 54 ad ed.) lautet:

> Si duo simul emerint partes, alter sciens alter ignorans, videndum erit, numquid is qui scit non debeat nocere ignoranti: quod quidem magis est. sed enim illa erit quaestio, partem solam habebit is qui ignoravit, an totum? et quid dicemus de alia parte? an ad eum qui scit pertineat? sed ille indignus est quid habere, quia sciens emerit. rursum qui ignoravit, non potest maiorem partem dominii habere quam emit. evenit igitur, ut ei prosit, qui eum comparavit sciens, quod alius ignoravit.

Wir sind der Ansicht, daß die Erörterung von sed enim an von den Kompilatoren herrührt. Sachlich kommt in Betracht, daß das Resultat, zu dem die sich mühsam hin- und herwendende Erörterung gelangt, von dem, was Ulpian sagt, nicht unerheblich abweicht. Ulpian sagt: is qui scit non debet nocere ignoranti; am Schluß haben wir das Ergebnis: qui ignorat prodest scienti. Ulpians Worte schließen aus, daß der Kauf wegen des sciens im ganzen für ungültig erachtet wird und der ignorans nichts bekommt; sie schließen dagegen nicht aus, daß der Kauf in totum für gültig erachtet wird, und der ignorans den Sklaven ganz bekommt. Durch das am Schluß des Fragments gewonnene Ergebnis wird aber ausgeschlossen, daß der sciens leer ausgeht.

Hierzu kommen dann aber noch recht viele formelle Bedenken. Nach erit quaestio erwartet man eher indirekte Fragestellung, statt pertineat umgekehrt eher pertinebit. Der unmittelbar vorher genannte sciens wird mit ille bezeichnet. Die Wendung indignus quid

habere dürfte ebensowenig von Ulpian sein, als der Konjunktiv emerit nach quia. Bei quam emit fehlt das Objekt (das kann allerdings auch Fehler des Abschreibers sein); echt kompilatorisch endlich ist, daß ei und eum, die so nahe beisammen stehen, auf verschiedene Personen sich beziehen. Auch alius statt alter ist anstößig. Übrigens ist auch im Anfang des Fragments das Wort partes höchstwahrscheinlich Glossem oder Interpolation; es ist völlig überflüssig und allem Anschein nach mit Rücksicht auf die folgenden Erörterungen und die Entscheidung non potest maiorem partem dominii habere, quam emit, eingeschoben.

Nun ist es ja freilich richtig, daß interpolierte Stellen nichtsdestoweniger Bestandteile von Justinians Gesetzbuch und folglich, wenn sie Entscheidungen geben, justinianisches Recht sind. Wenn aber die Entscheidung einen so ganz singulären Fall betrifft, und ihr der Stempel der Verlegenheit so deutlich aufgedrückt ist, dürfte es angebracht sein, die Entscheidung auf ebendiesen Fall zu beschränken. Wir gehen aber noch weiter und fragen: was soll die getroffene Entscheidung für partielle Herrenlosigkeit beweisen? Diese muß doch möglich sein, wenn Akkreszenz ausgeschlossen sein soll. Wenn der Gesetzgeber Herrenlosigkeit pro parte für möglich hielt, warum hat er dann nicht verordnet, daß der als Sklave verkaufte Freie zur Hälfte Eigentum des gutgläubigen Käufers, zur Hälfte aber herrenlos, d. h. servus sine domino werde? Er findet ja doch, der sciens sei indignus quid habere. Da muß doch ein zwingender Grund vorgelegen haben, ihm gleichwohl die andere Hälfte zuzusprechen, und wir können uns keinen andern denken, als daß partielle Herrenlosigkeit neben partiellem Eigentum eine Unmöglichkeit ist. So kehrt sich auch diese Stelle, wie die l. 3 pro derel., gegen diejenigen, welche als Gegner des Akkreszenzrechts sie für ihre Ansicht anführen.

Von Ulpian haben wir nur die Entscheidung: is qui scit non debet nocere ignoranti. Wir haben kein Bedenken, anzunehmen, daß er damit auch entschieden haben wollte, daß der gutgläubige Käufer aus dem Kauf

in totum berechtigt sein solle; vielleicht hat er es auch gesagt. Man kann sogar der Meinung sein, das sei schon in den Worten is qui scit non debet nocere ignoranti implicite enthalten: dann nämlich, wenn Ulpian der Meinung war, der geschlossene Kauf könne nur in totum entweder gültig oder ungültig sein.

Noch einige Worte über das ius accrescendi unter Miterben und Kollegataren.

Was zunächst das von Gaius II, 299 bezeugte Akkreszenzrecht beim Vindikationslegat anbelangt, so ergibt die Ausdrucksweise, deren sich Gaius da bedient (deficientis portionem collegatario adcrescere) allerdings, daß hier von Akkreszenz vor dem Erwerb des Eigentums an der vermachten Sache, also nicht von Akkreszenz unter Miteigentümern die Rede ist. Es kann aber nicht zugegeben werden, daß die Akkreszenz hier in der ganz eigenartigen Natur dieses Falles ihren Grund habe. Das könnte man nur dann sagen, wenn nach Lage des Falls eine andere Behandlungsweise nicht möglich wäre. So liegt die Sache aber keineswegs. Möglich wäre auch, daß das, was der eine der Vermächtnisnehmer nicht erwirbt, beim Erben bliebe.[1]) Daß Akkreszenz statuiert wird, muß daher wohl in einem Prinzip seinen Grund haben: darin, daß hier mehrere zu einem Erwerb an einem ungeteilten Ganzen berufen sind, wobei dann concursu partes entstehen; infolgedessen dann Akkreszenz, wenn einer wegfällt, d. h. genauer gesprochen: keine Teilung, weil keiner mehr da ist, mit dem zu teilen ist bzw. größere Teile, weil deren, mit denen zu teilen ist, weniger geworden sind.

Ganz dasselbe liegt aber vor, wenn die Kollegatare das Eigentum an der vermachten Sache erworben haben[2]);

---

[1]) Es ist hier ähnlich wie bei der Freilassung eines Sklaven seitens eines Miteigentümers. Bei dieser sagt man: es muß Akkreszenz eintreten, weil man andernfalls teilweise Freiheit, teilweise Sklaverei statuieren müßte, und denkt nicht an die Möglichkeit eines servus sine domino.

[2]) „Dasselbe" natürlich nicht in jeder Beziehung, sondern in der, auf die es hier ankommt.

denn jeder hat Eigentum an der ganzen Sache, da diese ungeteilt und das Eigentum eines jeden nicht ein dominium in parte, die pars nicht Objekt des Eigentums ist.[1])

Bei Miterben scheint die Sache anders zu liegen. Wenn hier von mehreren durch Testament Berufenen einer wegfällt, so ist statt Akkreszenz etwas anderes, nämlich daß die pars deficientis an die Intestaterben fällt, zwar denkbar, aber wegen des Satzes nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest rechtlich unmöglich. Hier also, könnte man sagen wollen, beruht die Akkreszenz nicht auf einem Prinzip, sondern sie hat ihren Grund in einem singulären Rechtssatz, der sie zwar nicht direkt statuiert, wohl aber eine andere Behandlungsweise, als diejenige, welche man als Akkreszenz bezeichnet, unmöglich macht. Das wäre aber durchaus unrichtig.

Der angeführte Satz des ius civile hat zwar zur Folge, daß, wenn von zwei Eingesetzten einer wegfällt, die pars deficientis nicht dem oder den Intestaterben deferiert wird (Exklusivität der testamentarischen Berufung), aber nicht, daß sie dem andern Eingesetzten zufällt. Jener Satz würde offenbar nicht hindern können, daß die pars deficientis vakant bliebe, wenn dies sonst möglich wäre. Diese Möglichkeit können aber diejenigen nicht bestreiten, welche Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit als möglich ansehen; partielle Herrenlosigkeit und partielle Erblosigkeit sind (ebenso wie Miteigentum und Miterbenschaft) genaue Parallelen. Daß bei testamentarischer Delation die pars deficientis nicht vakant bleibt, beruht also nicht auf der Exklusivität der testamentarischen Delation, wohl aber auf deren Totalität, die jeder erbrechtlichen Delation zukommt[2]); sie ist es, die eine

[1]) Nach Göppert (a. a. O. S. 79) ist die ungeteilte Sache nicht Objekt, sondern Substrat des Rechts der Miteigentümer. Was aber hier Substrat bedeuten soll, wenn es nicht mit Objekt gleichbedeutend ist, kann ich nicht ergründen.

[2]) Ganz richtig gründet Göppert (a. a. O. S. 78f.) die Akkreszenz bei Miterben auf die Totalität der Berufung („Recht jedes einzelnen auf das Ganze“). Die Entgleisung beginnt mit der Auffassung der partes als Objekte des Miteigentums.

partielle Erblosigkeit (für die übrigens meines Wissens noch niemand eingetreten ist) zur Unmöglichkeit macht.

Daß dies sich so verhält, wird evident, wenn wir die Intestaterbfolge heranziehen. Hier kann von dem Satze nemo pro parte usw. keine Rede sein; partielle Erblosigkeit wäre hier ebensogut denkbar, wie bei testamentarischer Delation; sie ist hier wie dort ausgeschlossen durch die Totalität der Berufung.

Zum Schlusse noch Erwägungen in betreff der Praktikabilität der sich gegenüberstehenden Ansichten. v. Seeler (a. a. O. S. 67f.) hat einige Fälle konstruiert, in denen ein annehmbares Resultat nur dann erzielt werden könne, wenn man den Grundsatz annehme, daß eine Sache auch zu einem Teil herrenlos sein könne, m. a. W. daß Teileigentum auch ohne Miteigentum möglich sei. Der eine dieser Fälle ist folgender. A, der römischer Bürger ist, und B, ein Peregrine, den aber A für einen römischen Bürger hält, okkupieren gemeinsam einen herrenlosen fundus Italicus. „Sollen wir nun etwa annehmen, daß A (weil B Eigentum an einem solchen fundus nicht erwerben kann) Alleineigentümer werde?" fragt v. Seeler. Ich sehe nicht ein, warum man Bedenken tragen sollte, diese Frage zu bejahen; v. Seeler kann dagegen nichts anrufen, als die Analogie des Satzes non potest maiorem partem dominii habere quam emit.

Der andere Fall ist dieser. A und B okkupieren gemeinsam ein herrenloses Grundstück in einem Land, wo Eigentum an Immobilien nur durch gerichtliche Eintragung erworben wird. Sie kommen überein, sich als Eigentümer je zur Hälfte eintragen zu lassen. A erscheint nun mit dem entsprechenden Antrag vor Gericht, während B verhindert ist. „Nach der gegnerischen Theorie müßte das Gericht den A mit dieser Bitte abweisen, denn wenn es ihm das Eigentumsrecht zur Hälfte zuspräche, so machte es ihn wider Willen zum Alleineigentümer." Meines Erachtens dürfte damit, daß ein zweiter Okkupant da ist, der von dem andern anerkannt wird, ein Tatbestand ge-

geben sein, der genügend ist, die Eintragung des A zu ½ zu ermöglichen, ohne daß A dadurch zum Alleineigentümer wird; derjenige, mit dem A zu teilen haben wird, ist schon in Sicht. Wem das Bedenken erregt, der mag den A mit seinem Gesuch um Eintragung nach Hause schicken mit dem Bedeuten, mit dem B wieder zu erscheinen oder eine Vollmacht desselben beizubringen. Das ist ein Übelstand, der wirklich nicht der Rede wert ist.

Wir wollen davon absehen, daß derart herausgeklügelte Fälle, wie die besprochenen, kaum jemals vorgekommen sein bzw. vorkommen werden. Dagegen möchten wir folgendes geltend machen. Bei Betrachtung dieser Fälle handelte es sich darum, ob aus den angegebenen Tatbeständen unter Anwendung des Akkreszenzprinzips sich nicht unannehmbare Rechtsfolgen ergeben. Wir sind der Ansicht, daß dies zu verneinen sei. Jedenfalls aber hat man, wenn diese Rechtsfolgen angenommen werden, z. B. also dem okkupierenden Civis Alleineigentum an dem okkupierten fundus Italicus zugesprochen wird, dann weiter keine praktischen Schwierigkeiten mehr. Ergibt sich aber als Rechtserfolg partielle Herrenlosigkeit, so kommt man aus den Schwierigkeiten, solange dieser Zustand dauert, gar nicht heraus, und zwar ergeben sich solche Schwierigkeiten nicht bloß in besonders konstruierten Fällen, wie bei v. Seeler, sondern überall und mit Notwendigkeit. Geht man ihnen nach, so begreift man schwer, wie die Möglichkeit von Teileigentum neben partieller Herrenlosigkeit behauptet werden konnte.

Oft genug wird allerdings, ehe die praktische Undurchführbarkeit dieses Zustandes sich geltend machen konnte, Alleineigentum an seine Stelle treten. Man erwäge z. B. folgendes. Ein Miteigentümer derelinquiert seine pars. Das kann er. Wenn nun diese pars, wie die Gegner annehmen, herrenlos wird, so kann sie okkupiert werden. Der nächste dazu ist aber doch offenbar der andere Miteigentümer, und er müßte doch von allen guten Geistern verlassen sein, wenn er sich diese Gelegenheit, sein Quoteneigentum in Alleineigentum zu verwandeln, entgehen ließe. Dazu kommt, daß er kraft seines Quoteneigentums,

welches ja die ganze ungeteilte Sache zum Objekt hat, dem okkupationslustigen Nichteigentümer jede Betätigung seines Okkupationswillens an der Sache untersagen kann.

Auch in dem Falle, wo ein römischer Bürger und ein Peregrine zusammen einen herrenlosen fundus Italicus okkupieren, würde der weitere Verlauf, sobald dem Bürger der Sachverhalt bekannt wird, ein gleicher sein, und der Peregrine würde keinen Grund haben, sich über den andern zu beklagen, da dieser nicht etwas nimmt, was der Peregrine hat, sondern etwas, was der Peregrine nicht haben kann.

Sehen wir nun aber zu, wie die Lage ist, wenn wir einmal annehmen, daß der Zustand: Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit, andauert. Stellen wir uns vor, ein Ackergrundstück sei zur Hälfte herrenlos. Wie soll der, welcher Eigentümer zur andern Hälfte ist, es anstellen, den Acker „zur ideellen Hälfte" zu düngen, zu pflügen, zu bestellen und abzuernten? Das ist natürlich unmöglich, und zwar ebensolange unmöglich, als der erwähnte Rechtszustand andauert. Er muß, wenn der Teileigentümer von seinem Eigentum etwas haben will, auf die eine oder andere Weise beseitigt werden.

Nimmt er die angegebenen Handlungen vor, wie es ein Alleineigentümer tut, d. h. am ganzen Grundstück, so ist zweierlei möglich. Entweder tut er es für eigne Rechnung: das ist dann Okkupation der herrenlosen pars, er ist Alleineigentümer geworden. Oder er nimmt diese Handlungen vor zum Teil für eigne Rechnung, zum Teil — nun ja, für wessen Rechnung? Von wem kann und wird er Ersatz verlangen? Doch nur von dem, der künftig einmal die herrenlose pars durch Okkupation erwerben wird. So tritt der Miteigentümer gerade da auf den Plan, wo eine Regelung versucht wird, die das Teileigentum nicht in Alleineigentum verwandeln, sondern es konservieren möchte.

Wie aber, wenn der Eigentümer, der eine pars derelinquieren will, dies so ins Werk setzen würde, daß er die Handlungen eines Eigentümers nur an einem bestimmten, lokal begrenzten Teil des Grundstücks vornähme? Dann hätten wir entweder reale Teilung und Dereliktion des

einen realen Teils, oder überhaupt keine Teilung (auch keine ideelle), sondern nur Ausscheidung eines locus certus aus der faktischen Benützung.[1])

Erwägen wir nun noch, daß das, was dem Miteigentum normalerweise ein Ende bereitet, die Auseinandersetzung, im Falle von Quoteneigentum neben partieller Herrenlosigkeit nicht möglich ist, weil ein Mitberechtigter nicht vorhanden ist, so könnte man von diesem Zustande sagen, er könne nicht leben und nicht sterben; der Teileigentümer wäre in recht übler Lage, wenn er es nicht in der Hand hätte, durch Okkupation der herrenlosen pars wieder aus diesem Zustand herauszukommen.

Es legt sich der Gedanke nahe, daß das römische Recht, welches auf Praktikabilität etwas hält, dem zuvorgekommen sei, indem es das Eintreten jenes Zustandes dadurch verhindert habe, daß es Akkreszenz einer freiwerdenden Eigentumsquote festsetzte. Die Akkreszenz würde dann als positive Satzung, hervorgegangen aus Zweckmäßigkeitsgründen, anzusehen sein. Aus solchen Gründen habe ich früher[2]) die Schlußentscheidung der l. 3 pro derel. zu erklären versucht. Die Redewendung efficere non potest weist aber entschieden darauf hin, daß Modestin nicht an praktische Unzuträglichkeiten, sondern an rechtliche Unmöglichkeit gedacht hat. Diese aber ergibt sich mit Notwendigkeit, sobald man erkennt, daß Eigentum pro parte Eigentum an der ganzen, weil ungeteilten Sache ist: dann ist nicht nur Miteigentum stets Teileigentum, sondern Teileigentum auch stets Miteigentum. Teileigentum (Quoteneigentum) neben partieller Herrenlosigkeit hat es aber im wirklichen Leben niemals gegeben.

---

[1]) Wenn zur Dereliktion von Grundstücken eine Behörde (z. B. das Grundbuchamt, BGB. § 928) mitwirken muß, kann die private Abgrenzung eines Teilstücks nur diesen Sinn haben.

[2]) Archiv f. d. ziv. Pr. Bd. 63 S. 43.

III.

l. 23 D. 4, 3.

Gai. l. 4 ad ed. prov.

Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadem alia fallacia persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio.

Bei dieser Stelle liegt dem Exegeten ob, im Hinblick auf die Ediktsbestimmung „si de his rebus alia actio non erit" (l. 1 § 1 ht.) zu erklären, warum in dem vorgetragenen Fall actio de dolo gegeben wird. Cuiacius bemerkt dazu folgendes[1]: Videtur in hac specie competere condictio indebiti l. 2 § 1 inf. de cond. ind. quae actionem de dolo excludit . . . . At datur de dolo in hac lege; quid dicemus? Heres aut suo errore ductus solvit, aut persuasione legatarii. Si suo errore, hic error condictionem parit. Si dolo et persuasione legatarii, de dolo actio competit, non condictio: nam condictio ex proprio errore nascitur.

Diese Erklärung wird schwerlich befriedigen. Daß, wenn der Zahlungsempfänger in dem Zahlenden den Irrtum über das Bestehen der Schuld arglistigerweise erregt hat, dies Verhalten Einfluß habe auf die Anforderungen, die man hinsichtlich des Irrtums des Zahlenden stellt — man wird in diesem Falle von dem Erfordernis der Entschuldbarkeit absehen — ist zu verstehen; daß dagegen in bezug auf die Frage, ob überhaupt condictio zustehe, es einen Unterschied machen soll, ob der Irrtum in der Seele des Zahlenden ohne Einwirkung von außen entstanden ist, oder durch Täuschung seitens des Zahlungsempfängers (oder eines Dritten) hervorgerufen wurde: das ist schlechterdings nicht einzusehen, und ist in den Quellen auch nirgend, soviel wir sehen können, ausgesprochen.

Der Umstand, daß der Zahlungsempfänger in dem Falle unserer l. 23 den Zahlenden getäuscht hat, hat aller-

---

[1]) Ad tit. de dolo malo l. 23 (si legatarius) opp. I p. 856 A. (Venet. 1758).

dings rechtliche Bedeutung, aber in einer Richtung, die Cuiacius, insofern er lediglich von condictio indebiti als dem Gegenstück zu der actio de dolo spricht, übersehen zu haben scheint. Der Täuschende wußte, daß der Zahlende zum Teil nicht schuldete, und machte sich, indem er Zahlung dieses indebitum annahm, eines furtum schuldig, begründete mithin gegen sich die condictio furtiva.[1]) Dabei ist es gleichgültig, ob er den Zahlenden auch getäuscht hat, gleichgültig auch, ob der Zahlende von sich aus geirrt hat, oder von einem Dritten in den Irrtum versetzt wurde; auch in diesen Fällen ist gegen den Zahlungsempfänger condictio furtiva begründet, wenn er gewußt hat, daß eine Nichtschuld vorliege.

Wenn wir übrigens im Falle der l. 23 die condictio furtiva als die an und für sich zuständige Klage bezeichnen, so wollen wir damit nicht gesagt haben, daß condictio indebiti in diesem Fall ausgeschlossen gewesen sei. Sie ist es nur in dem Sinne, daß die konkurrierende condictio furtiva stets vorgezogen werden wird, weil sie für den Kläger in mehrfacher Beziehung vorteilhafter ist, was hier nicht weiter ausgeführt werden soll.

In anderer Weise findet sich mit unserem Fragment Donellus ab. Er sagt (comm. iur. civ. 15, 41 § 26):

> „Datur de dolo actio.“ Non exprimit, qua de re . . . Hoc sic accipimus, ut detur interdum in proposito, non semper; datur autem ex sententia edicti, cum de ea re, de qua agitur, alio actio heredi non erit . . . . Ut autem in proposito non sit heredi alia actio, sic contingere potest, si heres ista fallacia persuasus eodem errore et aliis quibusdam legata solida solverit, hi autem solvendo non sint. Hic enim quod amplius est, quam per legem heres debuit, neque a fraudatore repetere potest, cui hoc solutum non est, neque ab iis quibus solvit, quia non sunt solvendo . . . .[2]); ita restat sola actio de dolo, qua repetat a fraudatore, quod deceptus amisit . . . .

[1]) D. 13, 1 l. 18: Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit usw. Das gleiche Übersehen ist auch dem Donellus passiert.

[2]) Folgt Bezugnahme auf l. 6 h. t.

Ceterum neque de iis, quae fraudatori indebita soluta sunt, unquam erit adversus eum de dolo actio, cum sufficiat condictio indebiti, neque de iis, quae soluta sunt aliis, quamdiu solvendo erunt.

Hiernach würde das, was die l. 23 bestimmt, nur in ganz besonders gearteten Fällen gelten — Donellus scheint sogar nur den einen von ihm angeführten Fall anzunehmen.

Es ist aber Ausschluß der condictio indebiti bei einer ganzen Klasse von Vermächtnissen, nämlich bei legata certa per damnationem, für das klassische Recht bezeugt in § 7 Inst. III, 27. Dort berichtet uns Justinian[1]):

Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. sic namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata . . . .

Man braucht auf diesen alten Rechtssatz bloß hinzuweisen, und die Frage, warum in dem Falle unserer l. 23 alia actio nicht zuständig sei, ist für das klassische Recht beantwortet. Dieses Fragment von Damnationslegat zu verstehen, kann nicht als eine willkürliche Einschränkung angesehen werden; der Wortlaut (ad legata solvenda) weist auf obligationsbegründende Vermächtnisse[2]), und legata dieser Art waren doch in der überwiegen-

---

[1]) Vgl. Cod. 5, 4, 4 (293): Ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est in Verbindung mit Gai. IV, 9: . . . . velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.

[2]) Man kann den Ausdruck legatum solvere, wenn man es nicht genau nimmt, allerdings auch gebrauchen, wenn bei einem legatum per vindicationem der Erbe die vermachte Sache dem Legatar übergibt. Wenn aber hier die lex Falcidia Platz greift, so geht insoweit Eigentum auf den Legatar nicht über, der Erbe hat also allemal alia actio, wenn er eine braucht.

den Mehrzahl der Fälle solche Damnationslegate, auf welche die definitio der veteres Anwendung zu finden hatte.[1] Außerdem darf man aber nicht vergessen, daß Justinian das alte Recht bezüglich der Damnationslegate, wie er selbst in der oben zitierten Institutionenstelle berichtet, in der l. 45 § 7 C. I, 3 geändert hat, sonach mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß die Kompilatoren manches Hierhergehörende gestrichen haben, z. B. in unserer l. 23 etwas, was die gezahlten Legate deutlicher als legata per damnationem erkennen ließ.[2]

Die Entscheidung in l. 23, daß actio de dolo stattfinde, dürfte im vorstehenden aus dem Rechte, wie es zur Zeit des Gaius und noch viel später gegolten hat, vollständig begründet sein. Es mag noch darauf hingewiesen werden, daß auch die definitio der veteres als Tatbestand einfach aufstellt quod per errorem non debitum solutum sit (Inst. cit., vgl. auch 4 C. 4, 5) und daß darunter subsumiert werden kann ebensowohl der Fall, wo nur die Bedingungen der condictio indebiti vorliegen, als der Fall, wo gegen den Zahlungsempfänger condictio furtiva begründet ist. Die fallacia des Empfängers ist in unserem Fragment allerdings wesentliches Tatbestandsmoment, aber nicht, wie Cuiacius meint, um die condictio indebiti auszuschließen, sondern um dem Zahlenden, dem die condictio indebiti und furtiva durch die definitio der veteres entzogen wird, die actio de dolo geben zu können; denn der Umstand, daß alia actio non est, kann für sich allein natürlich a° de dolo nicht begründen.

---

[1]) Es scheiden aus einmal das legatum sinendi modo, welches ja auch per damnationem hinterlassen wird, und diejenigen Damnationslegate, welche incerta sind. Daß diese Fälle eine verschwindende Minderzahl bilden, wird man getrost annehmen dürfen.

[2]) Wir werden weiter unten einige dieser Interpolationen sicher nachweisen können. In der l. 23 sind wohl, was übrigens indifferent ist, die Worte vel quadam alia fallacia interpoliert. Dergleichen gewöhnlich mit dem beliebten vel angeschlossenen Verallgemeinerungen oder Vervollständigungen des Tatbestandes durch die Kompilatoren sind in den Digesten sehr häufig; manchmal sind sie falsch, z. B. in 16,1, 13 § 2 (vel diem) und 22 (vel expromittat), vgl. diese Zeitschr. 30 S. 118 und 119.

Ist übrigens wissentliche Annahme eines indebitum ein furtum, dann ist in dem Falle unseres Fragmentes gegen den Zahlungsempfänger auch actio furti begründet. Das schließt aber die actio de dolo gegen ihn natürlich nicht aus, denn die alia actio, bei deren Vorhandensein das Edikt die actio de dolo versagt, ist eine solche quae rem servat (l. 2 l. 4 h. t.), während die actio furti pönal ist.

Die Glosse hat nicht verkannt, daß (wenigstens möglicherweise) die Entscheidung „datur de dolo actio" zusammenhängt mit der Bestimmung, daß bei den Fällen der Litiskreszenz die condictio indebiti ausgeschlossen ist, nur hat sie dabei die durch Justinian in l. 45 § 7 C. I, 3 vorgenommene Rechtsänderung berücksichtigt.[1] Um so merkwürdiger muß es erscheinen, daß Männer wie Cuiacius und Donellus an diese Lösung nicht gedacht zu haben scheinen. Auch wenn sie sich auf den Standpunkt der justinianeischen Gesetzgebung stellten, ist es doch, besonders bei Cuiacius, auffallend, daß des Rechtes der klassischen Zeit, von dem aus doch unser Gaius-Fragment zunächst erklärt werden müßte, auch nicht mit einem Worte gedacht wird.

Für die Zuständigkeit der condictio indebiti als allgemeine Regel beruft sich Cuiacius in der oben angeführten Stelle auf l. 2 § 1 D. 12, 6 (Ulp. lib. 16 ad Sab.). Wir müssen uns diese Stelle näher ansehen. Schon das principium dieses Fragments zeigt uns, daß wir auf der Hut sein müssen. Es lautet:

> Si quis sic solverit, ut si apparuisset indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos.

Sobald man durch das verdächtige emerserit scheu geworden ist (wenn ich so sagen darf), bemerkt man auch

[1]) Glossa ad v. de dolo actio: immo et conᶜ' indebiti et sic cessare debet de dolo actio . . . . Sol. haec cum illa da· · (dazu gehört im folgenden die Lösung: vel tertio dic agi condict. . leb. ad rem ipsam, sed actione de dolo ad cetera damna). — Vel dic quo hic cessat condictio indebiti, quia fuit legatum venerabili loco (folgt Zitat von Inst. III, 27 § 7). Vel ideo, quia iam lata erat sententia et ex ea solutum (Zit. von 17, 1, l. 29 § 5).

sogleich, daß die Anreihung der Falcidia mittelst vel ganz unlogisch ist: das Platzgreifen der Falcidia ist ja nicht ein von dem vorher angegebenen Tatbestand verschiedener Fall, sondern es fällt als spezieller Tatbestand unter den allgemeineren „si apparuisset indebitum". Störend ist auch der Tempuswechsel apparuisset und emerserit. Die Worte vel Falcidia emerserit sind daher wohl interpoliert.[1])

Von Vermächtnissen ist aber gleichwohl die Rede; die Basiliken[2]) haben gelesen si quis legatum sic solvit, und die italienischen Herausgeber der Digesten[3]) schlagen daher vor, hinter si quis einzuschalten: legatum.

Es wird aber ein Rückforderungsrecht gegeben dann, wenn für den Fall, daß das Legat sich als ungültig herausstellen sollte, Rückzahlung vereinbart worden war. Das hat keinen Sinn, wenn auch ohne solche Vereinbarung ein Rückforderungsrecht besteht.[4]) Es muß also im Tatbestand etwas enthalten gewesen sein, was, ohne entgegenstehende Vereinbarung, Rückforderung des indebite Gezahlten ausgeschlossen haben würde. Das trifft zu, wenn ein legatum certum per damnationem relictum so gezahlt worden ist. Ulpian könnte geschrieben haben: si quis legatum per damnationem certum relictum sic solverit et rel.; die Kompilatoren mußten die gesperrt gedruckten Worte streichen.

Wir können nun als Ergebnis unsrer Untersuchung der l. 2 pr. cond. ind. feststellen, daß die definitio der veteres noch zu Ulpians Zeit in Kraft war, daß ihre Geltung aber durch eine die eventuelle Rückforderung ausbedingende Verabredung in bezug auf Damnationslegate beseitigt werden konnte. Aus dieser Möglichkeit läßt

---

[1]) So auch Lenel, Paling. II p. 1056 und Seckel-Heumann s. v. emergere.

[2]) 24, 6, 2 (Heimb. III p. 29): ὁ καταβαλὼν ληγάτον . . . . Wahrscheinlich auch der Interpolator; warum sollte ihm sonst gerade die lex Falcidia in den Sinn gekommen sein?

[3]) Digesta Iustiniani etc. l. I—XXVIII. Mediolani 1908.

[4]) Das zweite Scholion zu Bas. 24, 6, 2 (Heimb. cit. p. 30) sagt allerdings: hoc accipe, quamvis speciale pactum interpositum non sit; es sagt dies vom Standpunkt des justinianischen Rechts.

sich darauf schließen, daß jene Regel wenigstens bei legata mit der Zeit als unbillig und lästig empfunden und, wo sich eine Handhabe dazu darbot, bei Seite geschoben wurde. Der von Cujaz zitierte § 1, zu dem wir uns nunmehr wenden, wird uns einen weiteren Beleg für diese Entwicklung liefern.

Dieser Paragraph lautet:

> Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerserit aes alienum vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

Hier ist der Passus vel si post bis relicta sunt interpoliert.[1]) Für diese Annahme spricht zunächst ein innerer Grund. Die Tatbestände vor diesem Emblem kommen darin überein, daß der im Testament Eingesetzte Legate bezahlt hat, und dann, weil das Testament ungültig war, den Nachlaß herausgeben muß. Von denselben Tatbeständen geht das Reskript aus, auf das sich Ulpian bezieht. Diese Tatbestände haben das Besondere, daß für die Frage, wem die Rückforderungsklage zu geben sei (wenn sie überhaupt stattfindet), zwei Personen in Betracht kommen können: der zahlende Putativerbe und der obsiegende wirkliche Erbe. Dagegen die Tatbestände des Emblems geben zu einer solchen Frage gar keinen Anlaß; wenn hier überhaupt Rückforderung stattfindet, kann sie nur dem Zahlenden zustehen. Das Emblem ist also ein den Zusammenhang unterbrechender Fremdkörper, und es ist wohl möglich, daß die Worte circa inofficiosum et falsum testamentum von den Kompilatoren wegen dieser

---

[1]) Angezweifelt auch von Lenel, Paling. II p. 1056. Möglich, daß auch schon die Worte vel irritum vel ruptum interpoliert sind, nach der bekannten Manier der Kompilatoren, ähnliche Tatbestände zu häufen.

Unterbrechung des Zusammenhangs hinzugefügt worden sind; circa ist nicht unverdächtig.

Weitere Interpolationsmerkmale sind:

1. die Häufung von vel;

2. das immer verdächtige emerserit;

3. diu celati und post multum temporis sind ganz unerhebliche Tatsachen. Wollte man ihnen überhaupt Bedeutung beilegen, so könnte dies doch wohl nur in der Richtung geschehen, die Rückforderung nach so langer Zeit nicht mehr zuzulassen. Die Basiliken, die den interpolierten Passus ebenfalls haben, lassen diese Tatsachen weg.

Zum Inhalt des Fragments bemerken wir folgendes. Obwohl es ganz allgemein lautet: si quid ex testamento solutum sit, ist doch mit Sicherheit anzunehmen, daß es nur von Legaten handelt. Die Fragmente 3 und 5 des Titels, die in bezug auf ähnliche Tatbestände dieselbe Frage: wem von beiden Kompetenten die Rückforderungsklage zu geben sei, sprechen nur von legata; die Basiliken haben statt quid das Wort *ληγάτον*[1]), und der Interpolator hat, wie die von ihm hinzugefügten Tatbestände beweisen, auch nur an Legate gedacht. Die Stelle redet aber ganz allgemein, ohne irgendeine Art von Legaten auszunehmen, und doch waren zur Zeit Hadrians Damnationslegate von der Rückforderung ausgeschlossen; da fragt es sich, was die Kompilatoren etwa sonst noch geändert haben mögen.

Sehen wir uns die von Ulpian angegebenen und die damit übereinstimmenden Tatbestände des Reskripts näher an, so finden wir darin ein Moment, welches gestattet, die Regel der veteres betreffend die legata per damnationem certa relicta beiseitezuschieben. Wenn der Testamentserbe, der ein solches Legat entrichtet hat, das sich später als ungültig herausstellt, mit condictio indebiti vorgehen

---

[1]) A. a. O.: *ἐὰν ἐκ διαθήκης καταβάλλω ληγάτον.* Es geht nicht an, das quid des Textes der Digestenhandschriften auf Grund der Basiliken durch legatum zu ersetzen. Aber auch daran ist nicht zu denken, daß das Werk, aus dem das Basilikenfragment genommen ist, eine vorjustinianeische Vorlage benutzt habe, da ja die Basiliken den interpolierten Passus auch haben.

will, so wird ihm entgegengehalten: du kannst nicht zurückfordern, denn du hast gezahlt, um nicht Gefahr zu laufen, das Doppelte zahlen zu müssen. Ist aber der Zahlende nur vermeintlicher Erbe gewesen und wird die Rückforderungsklage dem wirklichen Erben gegeben, so kann diesem jener Vorhalt nicht gemacht werden, denn er hat ja nicht gezahlt. Hadrian könnte gerade für diesen Fall eine Rückforderung eines indebite gezahlten Damnationslegats gegeben haben; indem er sie dem Dritten (dem Intestaterben oder in einem späteren Testament eingesetzten Erben) gab, verstieß er formell nicht gegen die Regel der veteres und erzielte zugleich eine gerechtere Regelung. Als solche mußte es doch angesehen werden, wenn dem vermeintlichen Legatar das Gezahlte nicht blieb.[1] Das Reskript Hadrians würde danach dieselbe Tendenz haben, wie der im pr. des Fragments angeführte Rechtssatz.

Die Kompilatoren haben nun durch die Hinzufügung von Tatbeständen, denen das erwähnte spezielle Moment fremd ist, den Zusammenhang des Reskripts mit dem Recht des Damnationslegats verwischt; sicherlich haben sie noch anderes gestrichen oder geändert, was eine direkte oder indirekte Bezugnahme auf das Damnationslegat enthielt. So muß nach dem Worte repetetur etwas gestrichen sein. Da nicht gesagt ist, wem das Rückforderungsrecht zustehen solle, kann nur an den Zahlenden gedacht werden; dazu will es aber nicht passen, daß als Grund (nam) Hadrians Reskript angeführt wird, denn in diesem liegt der Nachdruck gerade darauf, daß die Rückforderungsklage einem Dritten gegeben wird.

Die Tendenz, der Regel der veteres bezüglich der Damnationslegate Abbruch zu tun, hat ein Seitenstück in Folgendem. Während zu Gaius' Zeiten schon recht viele die legata betreffenden Rechtssätze auf fideicommissa aus-

---

[1]) Wenn, was wohl das regelmäßige ist, Legate aus Nachlaßmitteln bestritten werden, geschieht dem zahlenden Putativerben kein Unrecht, wenn ihm cond. indeb. nicht gegeben wird, er müßte ja sonst das Zurückgezahlte als Nachlaßgeld wieder herausgeben. Hat er aber die Legate ex propriis bestritten, so kann er, wenn er in bona fide war, das Gezahlte bei Restitution des Nachlasses abziehen.

gedehnt worden sind (Gai. II, 284ff.), ist dies hinsichtlich der Litiskreszenz und des Ausschlusses der condictio indebiti bei Damnationslegaten nicht geschehen. Dies entnehme ich einer Konstitution, aus der, wie sie in Justinians Kodex lautet, allerdings eine Gleichstellung sich ergibt, aber in entgegengesetzter Richtung. Es ist dies die l. 7 C. 4, 5 der Kaiser Diokletian und Maximian (293, V. id. Sept.):

> fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati iuris est.

Hier sind die Worte vel legatum interpoliert. Fünf Monate vorher (V. id. Apr.) hatten dieselben Kaiser reskribiert (l. 4 C. eod.):

> ea quae per infitiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam[1]) indebita soluta repeti non posse certissimi iuris est.

Wenn, woran nicht zu zweifeln ist, das legatum certum per damnationem relictum damals immer noch ein Litiskreszenzfall war, so ist es ausgeschlossen, daß die Kaiser so allgemein hätten sagen können: legatum repeti posse. War dagegen nur von fideicommissum die Rede, so mußten die Kompilatoren eingreifen. Sie waren dabei auch noch ein wenig ungeschickt, sonst hätten sie, in richtiger Reihenfolge, geschrieben: legatum vel fideicommissum.

---

[1]) Dieses etiam hat, soviel ich sehe, keinen Sinn und dürfte zu streichen sein.

II.

Zur Lehre vom Tutor suspectus.[1])

Von

Herrn Dr. **Adolf Berger.**

I. Die Lehre vom Tutor suspectus ist in neuester Zeit Gegenstand zweier Untersuchungen geworden, die ganz unabhängig voneinander geführt wurden u. z. von Taubenschlag, Vormundschaftsrechtliche Studien 1913, S. 27 bis 46 und von Solazzi, einem auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts sehr verdienstlichen Forscher[2]) in dem schönen Buche La minore età nel diritto romano

---

[1]) Das Manuskript nachstehender Abhandlung ist der Redaktion bereits im Herbst des vorigen Jahres eingeliefert worden.

Anm. d. Red.

[2]) Vgl. dessen neuestes Werk: Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Sep.-Abdr. aus den Bänden XXII bis XXV des Bull. dell'ist., Roma 1913.

1912[1]), S. 259–272. Die Ergebnisse der beiden Darstellungen stimmen nur in einem ganz kleinen Teile überein, gehen aber sonst sowohl in Grundfragen wie auch in Einzelheiten und besonders in der Beurteilung der Echtheit einzelner wichtigen Stellen weit auseinander. Schon dies allein gibt genügenden Anlaß das Material und seine Verwertung durch die beiden Gelehrten zu überprüfen und zu den Ergebnissen Stellung zu nehmen. Ich tue dies um so mehr, als ich oft auch dort, wo beide eines Sinnes sind, ihnen nicht immer zu folgen vermag.

Sowohl Taubenschlag als auch Solazzi arbeiten mit der modernen Forschungsmethode des Romanisten; sie fühlen sich heimisch in dem Nachspüren nach Interpolationen und legen auch reichliche Beute, die in Solazzis Buch nach Hunderten zählt, von der Jagd vor. Auf dem Gebiet der accusatio suspecti tutoris können wir aber die nicht uninteressante Feststellung machen, daß beide Gelehrten, die durchaus nicht zurückhaltend in Interpolationsannahmen sind, oft ganz Verschiedenes sehen und nur selten ihre Annahmen zusammenfallen. Solazzi geht in seinen Annahmen bedeutend weiter als Taubenschlag, schießt aber dabei oft weit übers Ziel hinaus, wo sich Taubenschlags vorsichtige Enthaltsamkeit gut bewährt, andererseits hat aber der polnische Romanist oft zu wenig gesehen, wo der Scharfblick des italienischen tiefer und ergebnisreicher eindrang.

Die genannten Untersuchungen stimmen nur in der sorgfältigen Scheidung der remotio eines tutor suspectus von der postulatio (accusatio) suspecti tutoris und sind auch einig darin, daß Tribonian und Genossen in dieser Lehre Verschmelzungen und Verwischungen durchgeführt haben. Aber wesentliche Unterschiede ergeben sich sowohl in der Durchführung und Bewertung jener Unterscheidung, als auch in der Schilderung des klassischen Kerns in der justinianischen Gesetzsammlung.

---

[1]) Solazzis Buch ist später erschienen als jenes von Taubenschlag, obwohl es ein früheres Datum trägt; der Umschlag trägt bereits die Jahreszahl 1913! Taubenschlags Ausführungen werden auch schon von Solazzi in den Nachträgen S. 297 ff. berücksichtigt.

Taubenschlag faßt die Ergebnisse seiner Untersuchung folgendermaßen zusammen — ich zitiere wörtlich, füge nur die Nummerierung der einzelnen Stadien ein — (S. 41): ‚Die Entwicklung der Absetzung liegt somit im klaren. Ursprünglich (1) konnte, wie es scheint, nur der wegen seiner dolosa gestio im Akkusationsverfahren für suspekt erklärte Vormund removiert werden; später (2) ließ man Absetzung auch ohne accusatio, wegen nicht doloser Vormundschaftsführung zu; im weiteren Verlaufe (3) wurde die Absetzung sogar vor Übernahme des Amtes durch den Vormund in einer Reihe von Fällen für zulässig erklärt, bis man endlich (4) dahin kam, sie in gewissen Fällen wegen doloser gestio auch ohne accusatio für möglich zu betrachten.' Ich glaube, man braucht bloß diese Zeilen zu lesen, um die Unwahrscheinlichkeit eines solchen Entwicklungsgangs zu erkennen: Nr. 4 bedeutet doch gegen Nr. 2 nicht einen Fortschritt, sondern einen Rückschlag: sollte denn wirklich zuerst die Absetzung ohne accusatio bei nicht doloser gestio früher als bei doloser Geschäftsführung möglich gewesen sein? Daß die Quellen einen solchen Entwicklungsgang bestätigen, darf auch gar nicht erwartet werden und wird auch gar nicht vom Verfasser bewiesen. Es zeigt sich vielmehr nach Übersicht der angeführten Belege, daß eine solche Entwicklungsgeschichte nur durch Zufall herausgearbeitet wurde, weil Taubenschlag die einzelnen Fälle in dieser Ordnung behandelt hatte. Denn für das Stadium Nr. 2 ist als Beleg D. 26,10, 7 § 1[1]) angeführt (S. 37), eine Stelle, die Ulpian zum Verfasser hat, und für das Stadium Nr. 4 wird unter anderem auch fr. Ulp. D. 3 § 13 h. t. belegweise zitiert (S. 40, vgl. S. 41, Absatz ‚Das Charakteristische' usw.), das auf ein Rescriptum Severi et Antonini zurückgeht.

Wird man sich diesem Entwicklungsgang gegenüber skeptisch verhalten müssen, so ist aus den Ausführungen Taubenschlags noch folgendes Ergebnis festzustellen: das scharfe Auseinanderhalten der accusatio suspecti von der remotio. Dieses geht so weit, daß Verfasser andere

[1]) Der einschlägige Digestentitel 26, 10 (De suspectis tutoribus) wird im folgenden mit h. t. bezeichnet.

Gründe für die erstere, andere für die letztere geltend machen möchte und daß er in ihnen zwei selbständige Erscheinungen (S. 29), zwei Rechtsmittel (S. 43) sieht. Wie sich die remotio zur Qualität als suspectus verhält, das wird von Taubenschlag nicht erwogen[1]), er beschränkt sich vielmehr darauf, zu zeigen, daß die remotio entweder auf Grund vorangehender postulatio suspecti oder auch ohne eine solche erfolgt. Ob der remotus auch im zweiten Falle als suspectus gilt[2]), wird wohl vorausgesetzt worden sein, wird aber nicht besonders betont, obwohl dies die von Taubenschlag hier herangezogenen Quellen mehrmals hervorheben. Auf diesen Punkt richtete aber Solazzi seine Aufmerksamkeit, und seine Anschauung (S. 268) gipfelt darin, daß das justinianische Recht zwei in klassischer Zeit verschiedene Institute verschmolzen hat: die remotio suspecti und die '*semplice*' remotio (nicht als suspectus!) — ich nenne sie im folgenden die ,schlichte' remotio. Die erste war die Folge einer erfolgreich durchgeführten postulatio suspecti, die zweite erlangte man ,*con la stessa postulatio*[3]), *se il pretore non riconoscendo il tutore suspectus, ne avesse almeno ordinata la remozione, ma necessariamente anche per altre vie.*' Ich halte diese

---

[1]) Sie wird vielmehr sehr oft schlechthin remotio (nicht remotio suspecti) genannt.

[2]) Die Lösung dieser Frage wäre auch vielleicht nicht bedenkenfrei ausgefallen, nach dem Mißverständnis zu urteilen, das Taubenschlag bei Deutung der Worte 'quasi suspectum' in D. h. t. 7 § 1 unterlief. Er sagt darüber S. 37 A. 45, unter Betonung eines Gegensatzes zum suspectus, daß hier vom Vormund als von einem 'quasi suspectus' gesprochen wird. Das 'quasi suspectum' ist hier aber = ut suspectum, wie es in einer Reihe von Stellen, auf die wir zurückkommen werden, heißt. Folglich hätte es hier heißen sollen, daß hier vom Tutor als einem suspectus (nicht als einem 'quasi suspectus') die Rede ist.

[3]) So S. 268, aber S. 272 wird sie der postulatio suspecti als 'postulatio *della semplice remozione*' gegenübergestellt, und S. 271[4] heißt sie postulatio removendi. Es bleibt somit zweifelhaft, ob der Verfasser auch an eine 'schlichte' postulatio dachte, deren Erfolg die 'schlichte' remotio war. Die schlichte postulatio wäre dann eine p. ohne Bezeichnung des Tutor als suspectus, die aber auch auf remotio gerichtet war. Aus den hier in der Note genannten Stellen scheint die Annahme einer solchen postulatio hervorzugehen.

Auffassung für durchaus unzutreffend, da von einer solchen milderen postulatio, deren Erfolg in einer schlichten remotio lag, in den Quellen auch nicht die geringste Spur zu finden ist[1], geradeso wie für die ‚schlichte' remotio kein Anzeichen spricht.

Ich fasse die Hauptergebnisse meiner Nachprüfung der Quellen folgendermaßen zusammen:

Die postulatio (accusatio)[2] suspecti ist von der remotio suspecti insofern auseinanderzuhalten, als sie zwei verschiedene Stadien eines und desselben Verfahrens sind, d. h. die mit Erfolg durchgeführte accusatio suspecti hat die remotio suspecti zur Folge. Insofern fallen die Gründe für die remotio mit jenen der accusatio zusammen. Wo eine remotio als statthaft erklärt wird, da ist auch die accusatio zulässig und andererseits gibt es keine remotio suspecti ohne vorhergehende accusatio suspecti. Ferner: man kann nur als suspectus removiert werden. Eine remotio ohne Titel (die sog. 'schlichte' remotio) gibt es nicht. Man darf eben nicht in dem Ausdrucke suspectus etwas Ungeheuerliches sehen, das den Abgesetzten für immer brandmarkt, es ist nur die Qualität einer Person, sich für eine bestimmte Tutel nicht zu eignen, und darunter leidet die Ehre des Betreffenden durchaus nicht. Sie wird erst dann angegriffen, wenn der Grund, weswegen er abgesetzt wird, ehrenrührig ist. Dies wird von Papinian und Ulpian klar und unzweideutig in l. 4 D. h. t. ausgeführt, und pr. und § 2 dieses Fragments bezeugen, daß man mit einer integra exstimatio (integra fama) aus der Remotionsaffäre ausgehen kann, wie auch

[1]) Eine einzige Stelle, wo man diese postulatio zu finden glauben könnte, ist trügerisch, was ja Solazzi selbst einsieht, S. 271[4].

[2]) Albertario, Sav. Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff. spricht des öfteren von einer actio suspecti tutoris. Diese Bezeichnung ist nicht quellengemäß und schon aus diesem Grunde zu vermeiden; sie ist es aber auch deshalb, weil sie den Anschein erweckt, es handle sich um ein privatrechtliches Prozeßverfahren. Es kommt nur ein einziges Mal agere de suspecto tutore vor (D. 49, 5, 3), wie ich auf Grund des Berliner Digestenindex festgestellt habe. Eine actio mit entsprechendem Zusatz ist unbekannt. Die technischen Bezeichnungen lauten suspectum facere, postulare, accusare.

andererseits unter Umständen eine reine remotio nicht ausreicht, sondern der remotus noch mit Infamie belegt wird oder sogar für ganz böse Vergehen dem Strafrichter ausgeliefert wird (remittitur puniendus, vgl. D. h. t. 1 § 8, 3 § 15; 1, 12, 1 § 7).

Durch diese Auffassung in bezug auf die Grundlehren ergeben sich auch unüberbrückbare Gegensätze in Einzelheiten und besonders auch in den Annahmen von Interpolationen, und daher bildet auch die Nachprüfung der wichtigeren Interpolationenvermutungen der beiden Gelehrten unsere vornehmste Aufgabe.

II. Bevor wir dieselbe aufnehmen, wollen wir unsere Aufmerksamkeit dem Institutionentitel 1, 26 (De suspectis tutoribus et curatoribus) zuwenden.[1]) Da Solazzi gelegentlich Stellen aus diesem Titel ins Auge faßt und auf ihre Echtheit prüft, scheint es uns geboten, einige Bemerkungen über seine Zusammensetzung und Vertrauenswürdigkeit vorangehen zu lassen, um so mehr als gerade dieser Titel für die Erkenntnis der Arbeitsmethode des Redaktors dieses Teils der Institutionen besonders lehrreich ist. Unser Titel gehört nämlich zu jenen Abschnitten, die nicht auf Grund der originellen Institutionenlehrbücher (Gaius', Marcians usw.) zustande kamen, sondern vielmehr unter Zugrundelegung der bereits in endgültiger Redaktion vorliegender Digesten abgefaßt wurden.[2]) Daß dies der Fall ist, beweist der Umstand, daß seine Bestandteile zum überwiegenden Teile aus ganz verschiedenen Quellen herrühren, deren Zusammenbringung aber schon in den Digesten vollzogen worden ist. Ihr Nebeneinanderstehen in den Institutionen kann anders nicht erklärt werden. In bezug auf unseren Titel hat dies schon Ferrini a. O. S. 143 bemerkt, vgl. auch Zocco-Rosa, Paling. I (1908) S. 200ff. Will man nun den Titel Inst. 1, 26 bei

---

[1]) Er wird von Taubenschlag nicht ausgiebig genug verwertet, vgl. das Quellenregister S. 88, obwohl es doch Gelegenheit gab, fast jeden Paragraph zu zitieren.

[2]) Über solche Abschnitte der Inst. vgl. Ferrini, Bull. XIII (1901) S. 106; P. Krüger, Gesch. [2] (1912) S. 386.

der Untersuchung der klassischen Lehre vom tutor suspectus verwerten, so muß man zunächst über seine Anlehnung an den Digestentitel 26, 10 im klaren sein, denn so viel ist sicher: was von den Digesten abgeschrieben ist, ist unzuverlässig, weil ihm ein bereits durch Interpolationen verstümmelter Text zugrunde liegen kann.

Die Anlehnung an die Digesten stellt sich, wie folgt, dar: Pr. Inst. h. t. entspricht D. h. t. 1 § 2 (wörtlich); — § 1 Inst. h. t. = D. h. t. 1 §§ 3, 4, wobei aus der Untersuchung einer Streitfrage in § 4 in die Institutionen sehr weislich nur das Endresultat aufgenommen wurde; — § 2 Inst. h. t. ist auf § 5 D. eod. aufgebaut, allerdings hat hier der Kompilator auf eigene Faust eine Korrektur vorgenommen[1]), indem er zum Text hinzufügte: licet ut suspectus remotus fuerit. Diese Interpolation, die an dem Digestentext vorgenommen wurde — ich greife dadurch der Frage der Reinheit des letzteren nicht vor (vgl. unten N. 3) — ist so sicher, wie nur eine Interpolation sicher sein kann.[2]) Sie wird auch von Solazzi (S. 271/2) angenommen, freilich aus ganz anderen Gründen, denen ich — insbesondere dem Schlußabsatz (S. 272) — nicht beipflichten kann. Dem Redaktor der Institutionen schien der Satz des § 5 Dig. cit. 'modo ut meminerimus patrono parcendum' zu lakonisch und daher änderte er ihn in 'famae patroni parcendum' um und koppelte das licet-Anhängsel an. Es ist eine harmlose Zutat; wäre sie von jenen Erwägungen ausgegangen, die ihr Solazzi unterlegt, so müßte sie im Digestentext erst recht hineininterpoliert worden sein.[3]) — § 3 Inst. h. t. ist aus §§ 6 u. 7 D. eod. entstanden, fällt aber dadurch

---

[1]) abgesehen von den kleinen Abweichungen wie dummodo für modo ut und famae patroni für patrono.

[2]) Vgl. Glück, Kommentar Bd. 31 S. 74 A. 34.

[3]) Ob in D. h. t. 1 § 5 der Schlußsatz 'modo ut meminerimus patrono (Inst.: famae patroni) parcendum' interpoliert ist, wie Taubenschlag S. 30[15] annimmt, läßt sich nicht mit Sicherheit entscheiden. Jedenfalls sind Taubenschlags Argumente nicht ausschlaggebend, so der Hinweis auf das auch anderweitig interpolierte parcere, so auch der Hinweis auf die angeblich interpolierte mildere Behandlung des Patrons in D. 26, 10, 9, weil dort nichts für eine Interpolation spricht (auf die Stelle kommen wir noch zurück, vgl. unten S. 55). Und gerade die letztgenannte Stelle

auf, daß in den Institutionen als Quelle der Zulassung der Frauen zur postulatio suspecti ein Reskript der Kaiser Severus und Antoninus genannt wird, das aber in den Digesten verschwiegen wird. Den Zusatz kann der Redaktor aus eigener Kenntnis beigesteuert haben oder er hat vielleicht die Originalquelle (Ulp. l. 35 ad ed.) aufgesucht, in der er die Notiz fand.[1]) — § 4 Inst. h. t. erinnert an l. 7 pr. D. h. t. und ist mit sprachlich unerheblichen Ände-

---

(zweiter Satz, von Taubenschlag unangefochten) ist geeignet, das parcere famae patroni näher zu erklären: damit der Patron keiner Infamie verfällt, wird ihm anstatt der remotio ein Kurator beigesetzt. Vgl. auch den in sehr verstümmeltem Zustande überlieferten Schlußsatz von D. h. t. 3 § 18, wo ohne Mommsens Korrektur man an eine Interpolation denken müßte. — Anhang. Der libertus wird zu einer accusatio suspecti gegen seinen Patron nicht zugelassen, weil dieselbe unter Umständen mit der Infamie des Patrons enden kann und ein solcher Schritt dem Freigelassenen gegen seinen Patron bekanntlich untersagt ist. Vgl. C. 5,. 55, 1 (a. 223) und D. h. t. 3 § 1 zweiter Satz. Dieser wird von Taubenschlag S. 32 (neuerdings auch von Beseler Beitr. III, 72 — ohne Berufung auf T. und ohne Argumente) mit nicht gewichtigen Argumenten als interpoliert bezeichnet. Daß die Stellen 'in einem gewissen (sic) Widerspruch' stehen, sehe ich nicht ein. Taubenschlag scheint ihn darin zu sehen, daß in l. 3 § 1 cit. der Grundsatz mit melius est eingeführt wird, die c. 1 cit. dagegen 'prinzipiell' dem Freigelassenen das Recht zur postulatio susp. abspricht. Nun spricht aber die Konstitution von einer actio famosa und damit ist die a° tutelae gemeint, nicht die acc. susp. (diese wird zwar einmal famosa causa genannt, Fr. Vat. 340 b, vgl. D. 3, 3, 39, 7; doch ist sie nur unter gewissen Umständen [fraus] infamierend, nicht aber immer). Von einem Widerspruch kann daher keine Rede sein. Solazzi (S. 299) scheint Taubenschlag zuzustimmen. — Man kann auch ohne weiteres die Worte 'pupillorum' und 'eorum' im ersten Satz der l. D. h. t. 3 § 1, die Taubenschlag als 'nicht nur ganz überflüssig, sondern einfach sinnstörend' bezeichnet, stehen lassen. Warum soll denn den Kompilatoren die Hinzufügung einzelner sinnstörender Worte zugemutet werden? War es denn ihre Absicht oder Aufgabe, den Sinn der klassischen Stellen zu stören?

[1]) Es ist nämlich auffallend, daß D. eod. § 7 in bezug auf die Schwester sich folgendermaßen äußert: nam in sorore et rescriptum exstat divi Severi, obwohl früher in bezug auf die Mutter von keinem Reskript die Rede war. — Die zitierten Worte aus l. 1 § 7 cit. erfordern eine Korrektur: entweder ist für et — etiam zu lesen (so schon Haloander) oder die Wortfolge ist in 'nam et in sorore' zu ändern. — Zu l. 1 § 7 vgl. Taubenschlag S. 31, der mit Recht aus sprachlichen Gründen die Echtheit des Schlußsatzes in Frage zieht.

rungen aus diesem Fragment entstanden. Woher der Redaktor den Satz 'et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt' hergenommen hat, bleibt aber unklar. Ist dieser Satz echt, d. h. in dem Sinne, daß das vorher Gesagte tatsächlich in einer klassischen Vorlage auf ein Reskript zurückgeführt wurde, dann stürzt die Lehre von der Unklassizität der postulatio suspecti curatoris, die gleichzeitig und unabhängig von zwei Seiten[1]) verfochten wurde, unrettbar in Trümmer. Beide Forscher, Solazzi und Albertario, haben sich auch mit der Institutionenstelle befaßt, doch aus der obigen Darstellung ergibt sich gleich, daß Albertarios Auffassung, der reine Text sei jener des § 4 Inst. und der interpolierte jener der Digesten, gleich abzulehnen ist.[2]) Aber auch die Annahme Solazzis, daß in § 4 Inst. cit. nur der Satz puberes — arguere interpoliert ist, ist nach obigen Ausführungen über die Entstehung des Institutionentitels, die durch die später folgenden Betrachtungen noch bekräftigt wird, nicht stichhaltig: denn der Satz ist nicht eine Interpolation ad hoc, sondern aus den Digesten herübergenommen. Ist man aber geneigt, jenen Grundsatz von der accusatio der curatores adulescentis als nachklassisch zu bezeichnen — dafür haben Solazzi und Albertario eine Reihe triftiger Argumente beigebracht, so daß ihre Lehre mehr als wahrscheinlich gilt — so bleibt nichts anderes übrig, als mit Solazzi (S. 164 ff.) die umfangreiche Interpolation der l. D. 7 § 1 cit. anzunehmen, wodurch auch ein Teil des § 4 Inst. cit. als unklassisch abfällt, und den Schlußsatz vom Reskript Sev. und Ant. als Zutat des Institutionenredaktors, ähnlich wie im § 3 Inst. h. t., zu bezeichnen.

Mit dem § 4 verläßt der Institutionenredaktor, vielleicht durch die Nachforschung nach einer Originalquelle, in der die einschlägige Gesetzgebung angeführt war, dazu

---

[1]) Solazzi, a. O. S. 158 ff., und Albertario in einer ein wenig skizzenhaft und ohne Berücksichtigung des vollständigen Materials geführten Untersuchung, Sav.-Ztschr. 33 (1912) S. 252 ff.

[2]) Die Bemühungen Albertarios um die Echtheit der Institutionenstelle sind vergeblich: ein Klassiker schreibt nicht puberes, wenn er nur die Verrückten und Verschwender meint.

veranlaßt, die Digesten und greift in ein anderes Buch, etwa ein mit Zitaten reichlich ausgestattetes Institutionenlehrbuch ein[1]), und dieser Quelle ist vielleicht das die folgenden §§ 5—8 umfassende Stück zu verdanken.[2])[3]) Bei diesen vier Paragraphen muß daher die Begründung einer Interpolation von ihnen selbst ausgehen, und nicht von der Digestenvorlage, wie bei den früheren Paragraphen dieses Titels.

Die folgenden §§ 9 ff. stammen wieder aus den Digesten. Der Redaktor hält nochmals eine Nachlese in dem Digestentitel 26, 10 und sammelt das auf, was ihm für die Institutionen nützlich scheint. Und so diente ihm l. 7 § 2 D. h. t. für § 9 Inst. als Vorlage, und aus dem § 3 der l. 7 cit. fügte er als kurze Zusammenfassung den ergo-Satz zu § 9 Inst. hinzu. — § 10 Inst. h. t. entstand aus D. h. t. 3 § 15 mit Abkürzungen und unbedeutenden Änderungen, § 11 Inst. aus l. 2 D. h. t. (eingefügt 'vel nepotum'); § 12 Inst. stützt sich auf l. 6 D. h. t., für die als Vordersatz die ersten Worte der l. 5 D. h. t. unter durchgreifender Verarbeitung dienten, § 13 Inst. endlich bildet eine fast wörtliche Wiedergabe der l. 8 D. h. t. Bei solchen Stellen, für die die fertigen Digesten als Vorlage dienten, werden wir mit 'Doppelinterpolationen' rechnen müssen, die an einem für die Digesten bereits interpolierten Text bei seiner Übertragung in die Institutionen vorgenommen wurden. Eine solche Doppelinterpolation liegt z. B. im § 13 Inst. h. t. in den Worten 'vel curator' vor, die in einen

---

[1]) Ferrini spricht sich für Marcian aus, ihm folgt Zocco-Rosa.

[2]) Auf eine sonderbare Erscheinung möchte ich noch hinweisen, die die Vermutung nahelegt, daß der Institutionenredaktor auch den einschlägigen Titel im Codex (I. Ausgabe), De suspectis 5, 43 nachgeschlagen hatte. Denn § 4 Inst. h. t. entspricht inhaltlich der c. 9 eod. und § 7 Inst. h. t., der sich auf Papinian beruft, steht inhaltlich der c. 7 eod. sehr nahe (vgl. Inst.: quoad cognitio finiatur, Cod.: donec causa finiatur). Soll dies reiner Zufall sein? Vielleicht ist auch die Notiz 'constitutum est' in § 6 Inst. h. t. mit c. 3 eod. in Zusammenhang zu bringen. Die Kongruenz ist so auffallend und interessant, daß sie hervorgehoben zu werden verdiente. Von Abschreiben ist freilich keine Rede.

[3]) § 8 Inst. h. t. mit l. 11 D. h. t. zusammenzubringen, geht schwerlich an. Richtig schon Glück, Komm. 31, S. 114.

m. E. bereits interpolierten Text (vgl. unten S. 60) hineingetragen wurden.

III. Für die hier vertretene These, daß man removiert wird, nur wenn und weil man suspectus ist, seien zunächst zwei Quellenstellen angeführt, deren Echtheit über jeden Zweifel erhaben ist und die merkwürdigerweise von Solazzi gar nicht erwähnt werden. Es sind dies nicht die einzigen Belege, die wir für unsere These und gegen jene Solazzis vindizieren; eine Reihe anderer, die zum Teil aus der kritischen Betrachtung der Gegenargumente hervorgehen werden, wird das gleiche bezeugen. Es schien jedoch opportun, diese zwei Hauptstellen vorerst sprechen zu lassen, um durch dieselben eingeführt an die Kritik anderer herantreten zu können. Es handelt sich um Gai. I 182 und Ulp. 11, 23. Beide Stellen beziehen sich auf ein Senatusconsultum, das bei Absetzung eines Vormundes die Einsetzung eines neuen Tutor bestimmte. Der Fall wird folgendermaßen bezeichnet: si tutor pupilli pupillaeve suspectus a tutela remotus (Ulp. submotus) sit. Daraus ist eines klar: hätte es neben der remotio suspecti tutoris auch jene 'schlichte' remotio in klassischer Zeit gegeben, so müßte das Senatusconsultum auch auf diesen Fall Bedacht nehmen und die Ersetzung des removierten Tutor durch einen neuen vorschreiben, denn daß das Mündel in solchem Falle ohne Vormund bleiben sollte, ist undenkbar. Durch diese beiden Stellen wird die Auffassung Solazzis erschüttert, denn sie sind mit ihr unvereinbar; man müßte denn annehmen, daß ein Postklassiker beide Stellen entsprechend zugerichtet hätte. Das wird aber kein Romanist glauben.

IV. Für die Scheidung der accusatio susp. tut. von der remotio glaubt man in der Anlage des Ediktskommentars Ulpians (l. 35 ad ed.) D. h. t. ll. 1 und 3 eine Stütze zu finden. Dies hat insbesondere Taubenschlag am Eingang seiner Untersuchung über das crimen suspecti (S. 27ff.) darzulegen versucht, indem er in einer sehr gründlichen Auseinandersetzung zu zeigen unternahm, daß Ulpians Kommentar dem eingangs aufgestellten Programm (l. 1 § 1

D. h. t.: ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos postulari quis possit suspectus tutor [vel curator], deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti) nicht entspreche. Taubenschlag will nämlich zeigen, daß der Ulpiansche Kommentar weit ausführlicher ist und Fragen umfaßt, die im Programm gar nicht enthalten sind.[1]) Taubenschlag möchte nun mit Rücksicht auf den Inhalt des Kommentars folgende Herstellung des ursprünglichen Textes der l. 1 § 1 cit. vorschlagen (S. 29[6]): ... tractemus, unde descendat suspecti crimen et apud quos et quis et a quo et ex quibus causis postulari[2]) possit suspectus tutor, deinde quis et a quo et ex quibus causis removetur deque poena suspecti). Ich zögere keinen Augenblick mit der Behauptung, daß, wer von den jungen interpolationeneifrigen Romanisten einen solchen Text in den Digesten vorgefunden hätte, ihn gleich als byzantinisches Machwerk bezeichnet hätte. Er würde und sicher mit Recht an der gräßlichen Wiederholung Anstoß nehmen, er würde ferner (was er übrigens dem heutigen Text gegenüber vorwerfen muß) dem Konjunktiv possit den schlechten Indikativ removetur entgegenstellen, er würde die Schlußworte deque poena suspecti ein unschönes Anhängsel nennen, weil er dies auch dem heutigen Texte gegenüber tun muß.[3]) Man sieht daraus, daß die l. 1 § 1 cit. schon in der überlieferten Gestalt kein schönes Latein aufweist, sie ist aber, so wie sie in den Digesten dasteht, mit den folgenden Ausführungen Ulpians besser im Einklang als die von Taubenschlag vorgeschlagene Rekonstruktion. Denn in den Worten apud quos postulari quis

[1]) Gegen Taubenschlag hat schon Solazzi, S. 299 f. manches richtige Argument beigebracht, doch auch er mißt der harmlosen Aufzählung des § 1 cit. zu große Bedeutung bei. Das 'Programm' läßt sich aber auch gegen Solazzis Theorie verwerten.

[2]) Taubenschlag hat das 'quis', das an dieser Stelle im Ulpianschen Text steht, übersehen; damit fällt auch seine Betrachtung zu 1 § 5 eod. (S. 28), wo er für diese Erörterung Ulpians (nunc videamus qui suspecti fieri possunt) in l. 1 § 1 cit. nach apud quos ein 'et quis' einschieben will!

[3]) Ist wirklich im § 18 der l. 3 h. t. im Einklang mit dem Entwurf von der 'poena suspecti' die Rede? So Taubenschlag S. 29 bei A. 5. — Und wovon spricht denn l. 1 § 8 h. t., l. 2 und andere?

possit suspectus tutor ist genügende Veranlassung vorhanden, auf die Fragen qui und a quo (das liegt im Passiv postulari) suspecti postulari possunt einzugehen. Wo sind aber die Ausführungen für 'a quo removetur'? Taubenschlag nennt dafür nichts, Solazzi weist dafür auf l. 3 § 4 h. t. (S. 300), den er aber sehr zutreffend (vgl. unten S. 86) als kompilatorisch bezeichnet. Somit wird diese Frage von Ulpian gar nicht beantwortet, sie war daher auch überflüssig im Programm. Wo sind ferner die Ausführungen für die Beantwortung der Frage 'quis removetur'? Taubenschlag nennt l. 3 §§ 2, 3 h. t., die 'genau der Ulpianischen Disposition entsprechen'. Wieviel bleibt aber aus diesen beiden Paragraphen übrig, wenn man die dazu gehörigen Ausführungen von Albertario[1]), Beseler[2]), Solazzi[3]) und Taubenschlag[4]) liest?[5]) Kaum einige Worte! Und dafür soll Ulpian in seinem Programm einen besonderen, von dem 'quis postulari possit' zu scheidenden Punkt aufgesetzt haben! Schließlich: ein 'ex quibus causis (postulari possit)' in die Disposition hineinzutragen, finde ich nicht nur überflüssig, sondern einfach störend, weil eben dieselben Gründe, die zur accusatio suspecti berechtigen, die remotio suspecti zur Folge haben und es auch eine remotio ohne accusatio nicht gibt und deshalb reicht eine Untersuchung der diesbezüglichen causae vollkommen aus. Dieser enge Zusammenhang zwischen der accusatio suspecti und der remotio suspecti wird eben durch keine Stelle so deutlich gekennzeichnet, wie durch die l. 3 § 5 h. t., die den Ausgangspunkt des Rekonstruktionsvorschlags Taubenschlags bildet, wo der Text so beginnt: nunc videamus ex quibus causis suspecti removeantur. et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare rel.[6]) Die Identität der causae für die remotio und postulatio wird durch diese Worte klar festgesetzt.[7]) Für ganz unwahrscheinlich halte ich

---

[1]) Sav.-Ztschr. 33, S. 255. [2]) Beiträge I 50. [3]) S. 159 f., 288[1].
[4]) S. 36. [5]) Nicht alle sind freilich einwandfrei hinzunehmen!
[6]) Darin, daß die Wirkung der accus. susp. in der remotio liegt, sind alle einig. [7]) Dasselbe geht ja auch aus dem 'Programm' selbst hervor, doch wollten wir uns vorher darauf nicht berufen, nachdem es nicht anfechtungsfrei dasteht.

aber die Annahme Taubenschlags (S. 28/9), die Kompilatoren hätten die Frage: nunc videamus ex quibus causis quis suspectus postulari possit, die vor l. 3 § 1 h. t. (wohl gemerkt!) stand, ausgemerzt und an ihre Stelle (sic!) den Satz ex quibus causis suspecti removeantur, der vor § 12 dieser lex (wohl gemerkt!) gehörte, als Eingang zu § 5 eod. eingesetzt! Ein solcher Vorgang der Kompilatoren, den man doch wohl, ohne sich einer Übertreibung schuldig zu machen, vom Standpunkte der Arbeitsmethode der Kompilatoren und der gesetzgeberischen Technik überhaupt undenkbar nennen darf, hätte doch wohl nur den Zweck gehabt, die 14 Jahrhunderte später lebenden Romanisten aufs Glatteis zu führen, und diese Tendenz dürfen wir ihnen wahrlich nicht zumuten.

Die enge Verknüpfung der beiden Begriffe, accusatio und postulatio, die sich dadurch erklärt, daß sie beide zusammen ein Ganzes bilden, wird auch durch folgende Stellen bezeugt. D. h. t. 1 § 3 spricht vom ius removendi, der unmittelbar folgende § 4 eod. vom postulari apud legatum proconsulis, beides bildet eben ein cognoscere de suspecto (vgl. § 4 cit. i. f. und im § 5 eod. die ersten Worte: ostendimus qui possunt de suspecto cognoscere). Daß es sich um eine und dieselbe Frage handelt, beweist auch die Verschmelzung der beiden Paragraphen in einen in den Inst. h. t. § 1.[1]) Und schließlich sei hier noch eine Stelle, die ganz unzweideutig auch gegen Solazzi[2]) spricht, angeführt:

> D. 27, 4, 4 (Jul. l. 21 dig.): a tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario iudicio[3]), si quid ei aberit, persequi debebit: nihil enim prohibet[4]) suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit, quae eum amittere non oportet.

---

[1]) Vgl. oben S. 45.

[2]) Von ihm unberücksichtigt.

[3]) Neues darüber bei Partsch, Negatiorum gestio I (Heidelb. Sitz.-Ber., phil.-hist. Kl. 1913) S. 46ff., zur Stelle vgl. S. 53[2], 60[1], 61[1].

[4]) Interpolationsmerkmal nach Beseler, Beitr. III, 142, doch wird obige Stelle von ihm nicht behandelt.

Der a tutela remotus des ersten Satzes — in dem man etwa auf den ersten Blick einen mit der schlichten remotio Abgesetzten sehen möchte — wird gleich im folgenden Satze als suspectus gebrandmarkt. Diese Gleichstellung des remotus a tutela schlechthin mit dem suspectus tutor beweist zweifellos, daß es nur eine Art von remoti gab, und zwar die suspecti.

V. Daß die remotio mit der accusatio nicht zwei 'selbständige Erscheinungen'[1]) sind, sondern vielmehr in dem Verhältnis zueinander stehen wie Wirkung zur Ursache, da eine erfolgreiche accusatio notwendig eine remotio zur Folge hat, wurde oben (IV) gezeigt. Wichtiger ist aber der gegen Solazzi zu führende Nachweis, daß jede remotio nur dann Platz greifen kann, wenn der Tutor als suspectus anerkannt wird und daß die sog. 'schlichte' remotio ein dem klassischen Recht durchaus fremdes Gebilde ist. Wir haben bereits dafür schon oben (III) zwei Quellenstellen angeführt, die diese Annahme zur Gewißheit erheben; wir wollen jetzt daraufhin das weitere Material prüfen[2]).

Da ist nun zunächst folgendes zu beachten: das Verfahren gegen einen Tutor suspectus, das zur Feststellung seiner Eigenschaft als suspectus[3]) führt, heißt cognoscere de suspecto tutore (cognitio suspecti), vgl. D. h. t. 1 §§ 4, 5; 3 § 1; 10; 11. D. 1, 21, 4 pr. Nun ist es auffallend, daß von einer cognitio gegen einen Tutor non suspectus, der zu removieren sein wird, etwa einer cognitio de removendo tutore keine Spur zu finden ist. Und doch hätte eine solche irgendwo vorkommen müssen, da auch der schlichten remotio ein Verfahren vor dem Magistrat vorausgehen mußte.

---

[1]) Vgl. oben S. 42. [2]) Vgl. auch oben S. 52/3.

[3]) Wertvoll ist der Hinweis Taubenschlags S. 35 auf ein in diesem Zusammenhange bisher unverwertetes Basilikenscholion Stephanus' (Bas. 8, 2, 39, Heimb. I p. 378), welches auf die pronuntiatio des Magistrats, daß der Vormund suspectus sei, verweist. Eine solche pronuntiatio wird aber auch in den Digesten erwähnt, vgl. D. 4, 4, 38 pr. i. f. und 48, 2, 1 § 11. Die Stellen habe ich freilich nicht in der einschlägigen Literatur gefunden, sondern erst bei einer Einsicht in den Berliner Digestenindex.

Eine wegen ihrer reinen Sprache jedem Verdacht Trotz bietende Stelle verdient hier mit besonderer Betonung genannt zu werden — sie wird von Solazzi mit Stillschweigen übergangen —:

> I. 1, 26 § 6: suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam, non aeque.

Aus dieser Stelle sehen wir nun, daß man wegen culpa vom Vormundschaftsamte removiert, auch als suspectus gilt. Selbstverständlich könnte hier eingewendet werden, daß hier etwas gestrichen wurde, doch tritt im Lichte der vorher genannten Gaius- und Ulpian-Stellen (oben Abs. III) der wahre Inhalt der Stelle klar zutage. Den Beweis der Unechtheit der Stelle zu führen, wäre vergebliches Bemühen, um so mehr, als auch die Entstehungsgeschichte des Institutionentitels 1, 26 (oben Abs. II) für die Echtheit dieses Paragraphen spricht und an der Stelle selbst sprachlich nichts auszusetzen ist. Außerdem wird ihr Inhalt durch C. 5, 43, 9 bestätigt, vgl. unten S. 69.

Und nun zu D. 26, 10. Da ist gleich der Ausspruch Ulpians in dem nunmehr berühmten Programm (l. 1 § 1 h. t., s. oben S. 50), in welchem er die Anlage seiner Betrachtungen angibt, zu nennen: zum 'removetur' kann als Subjekt nur suspectus tutor gedacht werden (nicht etwa tutor schlechtweg); ist dies aber der Fall, dann ist die remotio nur eines suspekten Vormunds bezeugt.

L. 1 § 3 D. h. t. spricht von einem 'ius removendi suspectos tutores', nicht 'tutores' schlechthin[1]); l. 3 § 5: suspecti removeantur; l. 10 h. t. spricht von einem decreto praetoris ut suspectus remotus: gäbe es einen remotus non suspectus, so hätte er für den in der Stelle ausgesprochenen Grundsatz erst recht genannt werden müssen. Um diese Stellen und auch manche der folgenden begreiflich erscheinen zu lassen, müßte man zu willkürlichen Interpolationsvermutungen greifen und sich durch die Annahme helfen, hier sei überall die auf die schlichte remotio bezug-

[1]) L. 3 § 1 D. t. h. (posse tutorem suspectum remotum contutores suos suspectos facere) will ich nicht als Beleg anführen, weil man entgegenhalten könnte, daß hier der Inhalt eines Reskripts angegeben wird, das einen besonderen Fall ins Auge faßte.

nehmende Notiz gestrichen worden. So weit ging aber wohlweislich selbst der Schöpfer der Theorie von der 'schlichten' Remotion nicht.

In l. 3 § 13 D. h. t. wird von der Absetzung von Vormündern mit einem einfachen 'removeri eos oportere' gesprochen, obwohl sie sich einer fraudulosen Handlung schuldig gemacht haben. Daß sie aber als suspecti removiert werden sollen, kann keinem Zweifel unterliegen.[1]) Nach der Theorie Solazzis würde hier anzunehmen sein, daß hier eine schlichte remotio vorliegt, eine Annahme, die schlankweg mit Rücksicht auf den der remotio zugrundeliegenden Tatbestand (per fraudem!) abzulehnen ist. Aus dieser Stelle lernen wir, daß auch dort, wo von einem removere schlechthin die Rede ist, nicht gleich auch an eine remotio eines non suspectus zu denken ist. Dasselbe beweist auch in ebenso klarer Weise

> D. h. t. 9 (Mod. l. sing. de heur.): si tutor aliquo vinculo necessitudinis vel adfinitatis pupillo coniunctus sit vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit[2]) et quis eorum a tutela removendus videatur, optimum factum est curatorem ei potius adiungi quam eundem cum notata fide et existimatione removeri.

Hier könnte man der Theorie Solazzis folgend zur Annahme hinneigen, daß im Satze 'et quis eorum — removendus videatur' eine Zusammenfassung beider Remotiones, der r. suspecti und der 'schlichten', vorliege. Diese Annahme wäre trügerisch, weil das gleich folgende cum notata existimatione removeri darauf hinweist, daß hier sogar ein bedenklicherer Fall der suspecti remotio gemeint ist. Ferner zeigt m. E. der Inhalt des ganzen Fragments, daß die re-

[1]) Vgl. Taubenschlag S. 40.

[2]) Nebenbei sei bemerkt: Taubenschlag klammert die Worte vel si patronus — gerit als interpoliert ein (S. 50, 30 A. 15). Seine Argumente sind nicht stichhaltig: gerit kann einfach Abschreibefehler für ge(sse)rit sein. Warum blieben aber die Worte quis eorum nicht beanstandet? Dieselben sind unverständlich, wenn vorher nur von einem Tutor die Rede gewesen wäre. Im übrigen finde ich das Zusammenstellen des Patrons mit Verwandten durchaus nicht auffallend und nehme die Stelle als echt an. Zu weiteren in diesem Zusammenhange von Taubenschlag angenommenen Interpolationen vgl. oben S. 45[3].

motio eines nicht suspectus ein Truggebilde ist, das den Klassikern völlig fremd war. Hätte es eine solche gegeben, so wäre die Argumentierung des Schlußsatzes ganz gebrechlich.

Ebensowenig beziehen sich auf eine Absetzung des Vormunds als nicht suspectus die Worte 'vel removendum eum' in D. 27, 2, 6, obwohl suspectus in der Stelle fehlt. Das fehlende suspectus wird eben durch die Worte 'qui dignus tali nota videbitur' aufgewogen. Wir müssen jedoch auf die Stelle näher eingehen, da ihre Klassizität bereits in solchem Umfange angefochten wurde, daß auch obige Worte darunter leiden.[1] Zuerst hat Beseler[2]) sie zu säubern versucht, wobei er ohne jede Begründung einen so radikalen Einschnitt vornahm, daß aus der Stelle kaum ein Siebentel — die Anfangs- und Schlußworte — heil blieb. Der Rest wurde als 'nachklassische Erweiterung, am wahrscheinlichsten Embl. Triboniani', bezeichnet. Taubenschlag (S. 53) ist ebenso radikal, denn auch nach seiner Rekonstruktion, die allerdings anders als die von Beseler ausfiel, schrumpft das Fragment zu wenigen Worten zusammen: si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, praetor causa cognita etiam absente tutore decernet. Wir sehen davon ab, daß eine solche Rekonstruktion byzantinisch klingt, denn hätte so ein Klassiker geschrieben, so würde ihn ein moderner Forscher gleich mit dem Einwand 'zu decernet fehlt das Objekt' gepackt haben — aber unter die Argumente Taubenschlags, die zum Teil richtig sind, haben sich auch solche eingeschlichen, die man glatt

[1]) Tryph. (l. 14. disp.): si absens sit tutor et alimenta pupillus desideret, si quidem neglegentia et nimia cessatio in administratione tutoris obiciatur, quae etiam ex hoc arguatur, quod per absentiam eius deserta derelictaque sunt pupilli negotia, evocatis adfinibus atque amicis tutoris praetor edicto proposito causa cognita etiam absente tutore vel removendum eum, qui dignus tali nota videbitur, decernet vel adiungendum curatorem: et ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. si vero necessaria absentia tutoris et inprovisa acciderit, forte quod subito ad cognitionem principalem profectus nec rei suae providere nec consulere pupillo potuerit et speratur redire et idoneus sit tutor nec expediat alium adiungi et pupillus alimenta de re sua postulet: recte constituetur ad hoc solum, ut ex re pupilli alimenta expediat.

[2]) Beiträge II, S. 76.

ablehnen muß, z. B. jenes, das ich wörtlich aus S. 53 abschreibe: 'Ein klassischer Jurist hätte schwerlich sagen können, der Prätor entscheide: der Vormund sei zu removieren oder es sei ihm ein Kurator beizugeben; denn der Prätor bestimmt nicht, was zu geschehen habe, sondern setzt mit seinem Dekret den Vormund einfach ab oder adjungiert ihm einen Kurator.' Ist aber nicht decernet removendum .... et adiungendum = decreto removebit et adiunget? Daneben wurden die Basiliken unzutreffend verwertet und ihr ebenfalls verstümmelter Text[1]) der Rekonstruktion zugrunde gelegt. An dem si vero necessaria rel. will auch ich nicht festhalten, da ist des Bösen wahrlich zu viel, aber von dem Vorangehenden ist manches Wertvolle als klassisch festzunageln. Da hat Solazzi S. 264/5 mit mustergültiger Vorsicht aus dem Vordersatze das gerettet, was zu retten war.[2]) Aus seiner Rekonstruktion des Textes (Streichung der Worte 'si quidem neglegentia', 'evocatis adfinibus atque amicis tutoris' und von si vero bis ans Ende) kommen auch die hier vorher verwerteten Worte heil heraus.[3])

Eine weitere Stelle, die für unsere These von Wichtig-

[1]) Darauf hat schon Peters, Die oströmischen Digestenkommentare (in Berichte über die Verhandlungen der Kgl. Sächs. Ges. d. Wiss., phil.-hist. Kl. Bd. 65. 1913) S. 37 A. 95 hingewiesen.

[2]) Man kann hier nur noch höchstens an dem deserta derelictaque Anstoß nehmen, was Taubenschlag S. 53 richtig betont.

[3]) Aus dieser Herstellung ergibt sich, daß der in dieser Stelle erwähnte curator impuberis, den Taubenschlag auf Grund jener mißglückten Verwertung der Basiliken verdrängen wollte, klassisch ist. Es ist auch nicht einzusehen, warum er unklassisch sein sollte, wenn D. 27, 3, 9 § 5 von einem curator spricht, der einem tutori suspecto postulato adiunctus sit. Die adiunctio eines Curator neben einen Tutor ist für andere Fälle ein zweifellos klassisches Institut (vgl. Taubenschlag S. 48 ff.), wie im Fall D. h. t. 9 (s. oben S. 55); D. 26, 6, 4 § 2; J. 1, 23, 5. — Ist aber nicht etwa in D. 26, 5, 11 ein Wink für die Interpolation des curator in l. 6 cit. gegeben? (So Taubenschlag S. 53, 55.) Durchaus nicht: denn erstens kann ein Curator einem impubes gegeben werden für den Fall der Abwesenheit des Tutor rei publicae causa (vgl. J. 1, 25 § 2 und D. 27, 1, 10, § 6, darüber richtig Taubenschlag S. 56/7) und dies legt die Vermutung nahe, daß in l. 11 cit. eine Unwahrheit steht. Es is daher m. E. der Vermutung Solazzis (S. 246[3]) beizutreten, daß in l. 1st cit. curator für tutor interpoliert ist.

keit ist, die wir aber bei Solazzi nicht verwertet fanden, ist D. 26, 1, 14 § 4: praeterea[1]) si suspectus quis fuerit remotus, desinit esse tutor. Könnte Ulpian sich so ausgedrückt haben, wenn es auch eine remotio eines nicht suspectus gegeben hätte, die doch auch das Ende der Tutel herbeiführen mußte?[2])

Bei Ablehnung der Theorie von der 'schlichten' remotio ist hier noch auf eine Konstitution, die allerdings späterer Zeit angehört (a. 260), zu verweisen. In c. 5, 36, 4 ist die Rede von der Einsetzung neuer Vormünder an Stelle jener, die es zu sein aufgehört haben, darunter wird der Fall erwähnt: id est in locum suspecti, qui convictus ac remotus est. Hätte es eine schlichte remotio gegeben, so müßte sie auch hier erwähnt gewesen sein.

VI. So weit die Quellen, an denen bis jetzt von Solazzi nicht gerüttelt wurde. Zur Begründung unserer Auffassung dürfte es aber nicht irrelevant sein, das Wesen des Wortes suspectus in der Lehre von der Vormundschaft näher ins Auge zu fassen. Eine kleine Vorbemerkung sei uns aber vorher gestattet: crimen suspecti heißt technisch die Beschuldigung eines Tutor als suspectus, und es ist klar, daß in der Verbindung 'crimen suspecti' das erste Wort nicht 'Delikt', 'Verbrechen' u. ä. — denn dann wäre die Bezeichnung crimen suspecti der reinste Unsinn — sondern 'Anklage', 'strafrechtliche Verfolgung'[3]), 'Anschuldigung'[4]) bedeutet. Diese Vorbemerkung, die schlechthin

---

[1]) Es wird in diesem Abschnitt von dem Ende der Tutel gehandelt.

[2]) Im Lichte dieser Stelle verliert D. 26, 2, 11 § 2 (Ulp. l. 37 ad Sab.: idem dicimus et si fuerit remotus: nam et hic idcirco abit, ut alius detur) für Solazzis These jede Beweiskraft. Solazzi selbst beruft sich auch auf sie nicht.

[3]) Vgl. Heumann-Seckel s. h. v.

[4]) Vgl. Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 182 bei A. 6. Richtig schon Glück, Komm. 31, S. 42 A. 88. Im Griechischen entspricht dem crimen suspecti *τὸ τῆς ὑποψίας ἔγκλημα*, vgl. Sch. Steph. zu Bas. 8, 2, 39 (= D. 3, 3, 39 § 7), Heimb. I 378. In Bas. 37, 10, 11 (= D. h. t. 12), Heimb. III 675 ist das Wort *ἔγκλημα* (oder etwa *δικαστήριον*, vgl. unten), ausgefallen. Dem terminus accusatio suspecti entspricht *ἡ περὶ τῆς ὑποψίας* bzw. *τοῦ ὑπόπτου κατηγορία*, vgl. Bas. 37, 10, 10; 17 (Heimb.

überflüssig scheinen könnte, war aber nötig, um einen Ausspruch Solazzis (S. 272) als irrtümlich zurückzuweisen. Dort heißt es: *nell' epoca classica la condotta che rende sospetto il tutore era considerata un crimen.*[1]) Vielleicht ist auch in dieser Entgleisung die Quelle jener Theorie von zwei postulationes und zwei verschiedenen remotiones zu suchen, da es dem Verfasser zu hart erschien, den Tutor, der für mindere Unkorrektheiten removiert wurde, gleich als mit einem 'crimen' belastet zu betrachten. Wir sehen aber, daß das Wort crimen in der Verbindung crimen suspecti recht harmlos (= postulatio, accusatio) ist.

Der Begriff des 'suspectus' hat an sich nichts Anrüchiges, denn bekanntlich gilt ein heres als suspectus, wenn seine Vermögensverhältnisse keine genügende Sicherheit bieten; es wird auch von hereditates suspectae gesprochen.[2]) Allerdings gelten für den tutor suspectus besondere Definitionen:

> D. 42, 5, 31 § 1 (Ulp. l. 2 de omn. trib.): sed suspectus heres non isdem modis, quibus suspectus tutor aestimatur: siquidem tutorem non facultates, sed fraudulenta in rebus pupillaribus et callida conversatio suspectum commendet, heredem vero solae facultates.

> D. 26, 10, 8 (Ulp. l. 61 ad ed.) = J. 1, 26, 13: Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit: enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

III 675). Es kommt auch τὸ τῆς ὑποψίας δικαστήριον vor, vgl. Bas. eod. 6 (Heimb. III 674) und Theoph. Paraphr. Inst. 1, 26, 2.

[1]) Dieselbe irrige Auffassung (crimen = delitto) schimmert auch in der Darstellung de Medios, Bull. 17 (1905) S. 21 bei A. 1 durch, so auch de Medio in Studi Fadda II (1906) S. 226 bei A. 1. So endlich auch jüngst v. Mayr, Röm. Rgesch. I, 2 (1912) S. 34.

[2]) Vgl. z. B. Gai. II 258; D. 2, 12, 2; 12, 6, 34; 17, 1, 32; 28, 5, 84, 1; 28, 7, 19; 29, 5, 23. 24; 35, 1, 44, 5; sehr häufig im D. Tit. 36, 1; 38, 2, 20, 5; 38, 2, 50, 4; 42, 6, 1, 6. — Andere Verbindungen, die unser Interesse verdienen, sind: procurator s. D. 3, 3, 19. 25; tabulae s. D. 29, 3, 1, 1; persona s. D. 43, 29, 3, 10; 43, 30, 3, 4; 37, 4, 16 (avus s.) D. 27, 9, 5, 11 (propinqui s.); vita s. D. 3, 3, 8 pr.

Man hat bisher dem ersten Ausspruch vollständiges Vertrauen entgegengebracht. Und doch scheint mir hier manches auszusetzen zu sein. Abgesehen davon, daß man keine genügende Erklärung dafür findet, wieso Ulpian beim Begriff des heres suspectus, wo es sich nur um erbrechtliche Fragen handelte, auf eine Definition des Tutor suspectus verfiel, glaube ich zunächst hervorheben zu müssen, daß der Gegensatz 'heredem vero solae facultates' logisch im Vordersatz tutorem non solae facultates rel. erfordert. Wir werden gleich sehen, daß dies auch sachlich dem Rechte jener Zeit besser entspricht. Daß eine Bezugnahme auf das fraudulente Gebahren des Tutor darauf folgte, will ich nicht leugnen, da ja die Hauptfälle der suspecti postulatio auf diesem Gebiete liegen, aber es muß zugegeben werden, daß auf dem ganzen Satz byzantinische Belastung auffällt: conversatio ist bei Justinian beliebt[1]); suspectum commendare, als verdächtig 'empfehlen', würde kaum ein Klassiker gesagt haben[2]); fraudulenta et callida: ist dies nicht des Guten zuviel?; in rebus pupillaribus est endlich auffallend schlecht gesetzt. Ich wage nicht, den Satz gleich auszumerzen, glaube aber nicht übertriebene Kritik an der Stelle geübt zu haben.

Die zweitgenannte Stelle blieb nicht unbeanstandet. Solazzi S. 271 hat die Redensart qui moribus talis est, ut suspectus sit als 'entsetzlich' bezeichnet; ich möchte der Ansicht Solazzis gegenüber auf die lex Acilia repetundarum l. 11 mit der traditionellen Ergänzung mori(bus suspectus) hinweisen, die den Gedanken nahelegt, daß dieser Begriff Ulpian vielleicht nicht ganz fremd war und nur ungeschickt hineingearbeitet wurde. Daß man aber die pauperes ohne weiteres als Tutores zuließ, ist kaum denkbar, und ich glaube daher nicht an die Echtheit des zweiten Satzes.[3])

[1]) Im Sinne von ratio agendi ist es im klassischen Wortschatz ein ἅπαξ εἰρημένον und kommt nur in dieser Stelle vor, vgl. Vocab. I 1027 l. 49.

[2]) Das Vocab. notiert wiederum diese einzige Stelle als Beleg für commendare = probare, convincere (I 814 l. 33). Ob diese Gleichstellung vollkommen richtig ist, scheint mir zweifelhaft.

[3]) Es ist nicht zu ersehen, wie weit die Interpolationsannahme Solazzis reicht; sollte sie sich aber, wie aus S. 271[2] zu entnehmen wäre,

Die Verstümmelung der beiden Definitionen (Streichung des 'solae' in l. 31 § 1 cit., Anfügung des Schlußsatzes in l. 9 cit.), die aus dem Begriff suspectus die rein materielle Basis verdrängte, ist für die Auffassung der Kompilatoren sehr charakteristisch: es schimmert hier ein höherer ethischer Gedanke durch, der die Vormünder lediglich wegen materieller Unsicherheit einer acc. susp. nicht aussetzen wollte. Daß aber die Klassiker anders dachten, zeigen zunächst zwei Stellen, die in das Gebiet der Lehre von Mitvormündern fallen und aus welchen Solazzi selbst, m. E. zutreffend, die Regel entnimmt (S. 97): *che il tutore risponda in luogo del contutore insolvibile nel caso di amministrazione divisa, se trascurò di promuovere l'accusatio suspecti*, vgl. D. 26, 7, 46 § 6 und D. 46, 6, 12.[1]) Ich verweise noch auf weitere Stellen aus demselben Gebiete: D. 26, 7, 7 § 14.[2]) 39 § 16.[3]) 41. 53[4]); 27, 3, 1 § 15. Es wird in keiner dieser Stellen auf ein doloses oder ein anderes Mißtrauen erweckendes Vorgehen des Vormunds hingewiesen, das eine accusatio suspecti rechtfertigen würde, vielmehr überall nur auf die Vermögensunsicherheit hingedeutet.[5]) Von Ähnlichem be-

---

nur auf die Worte quasi suspectus beschränken, so ist sie m. E. entschieden abzulehnen, weil für eine solche Annahme, wie eine ganze Reihe ähnlicher, auf die wir zurückkommen werden, kein Grund vorliegt.

[1]) Hier wird auf die von Binder, Korrealobligationen S. 340 f. angedeutete Interpolation zustimmend hingewiesen, vgl. Taubenschlag S. 32 Anm. 21 und Solazzi S. 97[3]. Doch ist m. E. die Annahme Binders durchaus unsicher und nachprüfungsbedürftig. Zur Stelle vgl. Girard, Studi Fadda 2 (1906), 57ff.

[2]) Taubenschlags Verdacht gegen die Worte 'si suspectum facere supersedit' (S. 32 A. 21) scheint mir unbegründet. Die oben im Texte genannten Stellen zeigen vielmehr, daß obiger Satz durchaus nicht entbehrlich ist. Taubenschlag verdächtigt das Wort supersedere, weil es auch an anderen interpolierten Stellen vorkommt. Nun sind aber bis jetzt nur die oben N. 1 genannte Stelle, dann D. 10, 4, 9, 4 (Beseler, Beitr. I 38) und neuestens D. 4, 3, 1, 6 (Beseler III, 113) verdächtigt worden. Die Statistik dieses Wortes (Material auf Grund des Berliner Index: obige zwei Stellen nebst den bei Heumann-Seckel s. h. v. genannten) zeigt, daß es viermal bei Pap., fünfmal bei Ulp. und einmal bei Paul. vorkommt.

[3]) Ich sehe nicht ein, warum der Schlußsatz zu streichen wäre, wie Taubenschlag S. 32 A. 21 vorschlägt. [4]) Vgl. dazu Solazzi, 62f.

[5]) Besonders deutlich l. 39 § 16 cit.: qui non idoneum (sc. contutorem) tutelae tempore suspectum facere supersedit.

lehren uns einige Kodexstellen. Vgl. C. 5, 55, 1 pr., 5, 56, 2, besonders prägnant aber 5, 42, 2 pr. (a. 260, v. c.: removeri a tutela, si inopia hoc faciat, sine infamia rel.) und

> C. 5, 43, 5 (a. 233): in postulandis suspectis tutoribus [seu curatoribus[1])] non vires patrimoniorum principaliter, sed an nihil segniter[2]) nihil fraudulenter geratur perpendi debeat.

Solazzi greift a. O. das 'principaliter' an, das er den Kompilatoren zuschiebt, weil Ulpian in D. 42, 5, 31, 1 nicht einmal in untergeordneter Weise von den Vermögensverhältnissen des Vormunds spricht. Nun haben wir aber schon oben (S. 60) aus dem verderbten Texte Ulpians herauszulesen versucht, daß die facultates des Vormundes bei Beurteilung, ob er suspectus ist, nicht irrelevant sind, unsere frühere Vermutung wird durch diese Stelle mit dem echten principaliter glänzend bestätigt.

Und nun noch die Definition des suspectus in den Institutionen 1, 26, 5.[3]) Hier wird der suspectus mit 'qui non ex fide tutelam gerit' umschrieben. Diese Worte sind zweifellos echt, weil sie ein Gegenstück in den Digesten haben: D. 26, 7, 19 (v. fr.: si non ex fide curam[4]) gerat). Die negative Fassung der Definition ist auffallend. Wäre nur der dolus (fraus) für die Bezeichnung als suspectus maßgebend, so hätte die Definition positiv gefaßt werden müssen (etwa dolo, per fraudem). Non ex fide ist aber nicht gleichbedeutend mit dolo usf. Daß man es lediglich als Verletzung der Pflicht und Treue eines Vormundes aufzufassen hat, wurde bereits in der älteren Literatur angenommen.[5]) So dürfte in dem non ex fide auch für Fahrlässigkeit des Tutor Raum sein. Jedenfalls ist die negative Formulierung der Definition sehr bezeichnend.

Obige Betrachtungen ergeben, daß die Qualität suspectus auch von solchen Umständen abhängig ist, die nichts mit dem Willen, insbesondere der bösen Absicht (Arglist, fraus, dolus) zu tun haben. Es ist daher nicht zutreffend, wenn Solazzi den Grundsatz aufstellt, daß man

[1]) Itp. vgl. Solazzi, 166. [2]) Darüber noch unten S. 65[2].
[3]) Über die Stelle vgl. noch unten. [4]) Dazu Solazzi S. 160.
[5]) Zusammengestellt bei Glück Bd. 31 S. 48 f.

nur wegen dolus suspectus sein kann (S. 260).[1]) Die von ihm in diesem Zusammenhange genannten Stellen (S. 260) beziehen sich eben nur auf den Hauptfall des suspectus tutor. Es ist möglich, daß die Entwicklung von der Fraus des Tutor ausging[2]), verfolgen und beweisen läßt sich aber diese Entwicklung nicht.

VII. Die Bezeichnung suspectus und in der Folge die Absetzung als eines solchen, kann nun einem tutor zuteil werden auch aus Gründen, die außerhalb des Gebiets des Dolus liegen. Eine logische Notwendigkeit dieser Feststellung ist es, daß auch für die accusatio suspecti dieselben Gesichtspunkte bestimmend sind. Und in der Tat lesen wir in jenen Stellen über die Mitvormünder[3]) — auch nur in bezug auf diese — von einem suspectum facere (= suspectum postulare) wegen materieller Unsicherheit des Mitvormunds. Ist aber dies festgesetzt, so kann auch kein Zweifel darüber bestehen, daß man als suspekt postuliert werden kann, nicht nur dann, wenn man fraudulenter vorgeht, sondern auch, wenn man sich einer neglegentia[4]) schuldig macht, d. h. nachlässig die Geschäfte der Pupillen führt. Und auch eine andere Erwägung führt zu demselben Ergebnis. Steht es nun einmal fest, nach welchen Umständen man als suspekt removiert wird, so muß parallel mit ihnen auch die Befugnis zur postulatio suspecti laufen: denn die postulatio susp. ist doch das einfachste Mittel, durch welches die Behörde zur Kenntnis jener Umstände gelangt, die eine remotio suspecti erheischen. Schon von diesem Gesichtspunkte aus ist die Einschränkung der acc. susp. auf krassere Fälle allein, wogegen die remotio suspecti ohne vorhergehende accusatio auf weitergehende Verstöße

---

[1]) In der bei Solazzi S. 97 vertretenen Auffassung (vgl. oben S. 61) liegt ein Widerspruch mit dem oben ausgesprochenen Grundsatz.

[2]) So Pernice, Labeo II[2] 2, 1, S. 185. [3]) Vgl. oben S. 61.

[4]) Vgl. Pernice, Labeo II 2, 1 (1900) S. 186: 'Damit ist offenbar nicht ein bestimmter Grad der culpa bezeichnet, sondern es ist dem Prätor, wie natürlich, freie Hand gelassen, den unfähigen und unachtsamen Vormund ohne Geräusch, d. h. ohne Infamie bei Seite zu schieben.' So auch schon Rudorff, dessen Ansicht Pernice a. O. A. 3 als sehr vernünftig bezeichnet.

gemünzt werden sollte — dies die Theorie Taubenschlags S. 34[1]) — unwahrscheinlich. Freilich muß zugegeben werden, daß der Quellenstand nicht ganz klar ist und eine vollkommene Reinigung des einschlägigen Materials nicht ohne Schwierigkeiten und Bedenken durchzuführen ist, doch kann man zu positiven Ergebnissen gelangen, wenn man mit gewisser Vorsicht bei der Textkritik vorgeht. Daß Großreinemachen mittels willkürlicher Interpolationsannahmen ist wahrlich, wo es sich um wenige Stellen handelt, keine allzugroße Kunst.

Zunächst ist eine Stelle zu betrachten, die für unsere Frage von großer Wichtigkeit ist:

> D. h. t. 3 § 17 (Ulpian l. 35 ad ed.): is tutor qui inconsideranter pupillum vel dolo abstinuit hereditate, potest suspectus postulari.

Es ist bezeichnend, daß die Korrekturen, die an dieser Stelle von Taubenschlag (S. 34) und Solazzi (S. 261) vorgenommen werden, wenn auch in der Form verschieden, sachlich auf dasselbe hinauslaufen. Taubenschlag klammert die Worte 'inconsideranter vel' ein, wobei er freilich übersehen hat, daß dazwischen das Wort 'pupillum' steht und dadurch die Einklammerung '[inconsideranter] pupillum [vel]' nicht so einfach ist, wie die von ihm vorgeschlagene. Solazzi nimmt richtiger Anstoß an der auffallend schlechten Einreihung des 'vel dolo'[2]), das er nun ausmerzt und schließt dann den Text, da er an eine accus. susp. bei nicht dolosem Vorgehen nicht glaubt, mit folgenden Worten: ⟨non⟩ potest suspectus postulari, ⟨sed removendus est⟩. Daß ich mich der Ansicht Solazzis nicht anschließen kann, versteht sich nach den vorhergehenden Ausführungen von selbst. Denn hier wird einerseits zwischen den Postulationsgründen und jenen der Remotion unterschieden, andererseits die quellenwidrige 'schlichte' Remotion hineingearbeitet. Damit ist aber die Ergänzung des Schlußsatzes für mich abgetan. Aber auch Taubenschlags Vorschlag kann mich — von dem ihm anhaftenden Versehen

[1]) Wir kommen noch später darauf zurück.

[2]) Diese hat Taubenschlag nicht bemerkt, weil in seinem Text das Wort pupillum fehlt.

abgesehen — nicht befriedigen, da die von ihm ins Treffen geführten Argumente nicht überzeugen. 'Die Stelle ist sprachlich insofern auffallend, als der schwächere Grad des Verschuldens vor den stärkeren gestellt wird.' Hat denn dies etwas zu bedeuten? Ich begnüge mich, auf meine bei anderer Gelegenheit vorgebrachten Ausführungen (Krit. Vierteljahrsschr. 1912 S. 423 f.) hinzuweisen. Das weitere Argument: es sei die einzige Stelle, die wegen Vernachlässigung die Anstellung der suspecti postulatio zuläßt, ist nicht richtig, wie gleich gezeigt werden wird. Daß D. h. t. 4 § 4 direkt die postulatio in solchen Fällen ausschließt, ist zweifelhaft, weil die Stelle auch anders gedeutet werden kann, vgl. unten S. 66 ff. Somit gibt es aber kein einziges unanfechtbares Argument gegen die Echtheit des 'inconsideranter'. Findet man aber die vorhergehenden Betrachtungen richtig, so wird man es als sicher echt festhalten wollen und sich mit der Streichung des ungeschickt an unrichtiger Stelle eingeschobenen 'vel dolo' — Solazzi folgend — begnügen.[1])

Daß obige Stelle nicht die einzige ist, die von der postulatio suspecti bei Nachlässigkeit spricht, zeigt die von Taubenschlag übersehene c. C. 5, 43, 5 (oben S. 62 zitiert). In dieser Stelle sind die Worte nihil segniter für unsere Auffassung ausschlaggebend, da sie bestimmen, daß bei Beurteilung der postulatio suspecti darauf zu sehen ist, ob vom Tutor die Vormundschaftsgeschäfte nicht segniter geführt wurden. Allerdings wird wieder gegen die Worte 'nihil segniter'[2]) von Solazzi S. 166 Einspruch erhoben[3]), doch wird man mit mir denselben ablehnen müssen erstens, weil der Beweis, die Nachlässigkeit des

---

[1]) Das Wort 'inconsideranter' selbst etwa als unklassisch anzugreifen, liegt kein Anlaß vor. Vgl. die Belege bei Heumann-Seckel s. h. v. Bei Justinian kommt es nicht vor (Longo). Unangefochten ist es auch von Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 186. Im klassischen Wortschatz kommt es freilich nur dieses einzige Mal vor.

[2]) Segnitia kommt in der Lehre vom tutor susp. auch in D. h. t. 3 § 18 vor.

[3]) 'nihil segniter *stona* postulandis suspectis, *perchè la neghittosità è un motivo di remozione* (gemeint ist wiederum die 'schlichte' remotio), *non di* postulatio suspecti'.

Vormunds bilde keinen Grund der postulatio suspecti, nicht zu führen ist und gerade das Gegenteil, wie wir zeigen wollen, der Wahrheit näher steht. Andererseits glaubt Solazzi dabei wieder an die schlichte remotio, die wir als ganz unwahrscheinlich bezeichneten.[1])

Eine crux in unserer Frage bildet die lex

D. h. t. 4 § 4 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): qui nihil gesserunt, non possunt suspecti postulari, verum ob ignaviam vel neglegentiam vel dolum, si dolo fecerunt, possunt removeri.

Von Taubenschlag wurde die Stelle verschont (S. 34 bei A. 31), von Solazzi (S. 259, 261) aber zutreffend vom störenden 'vel dolum, si dolo fecerunt' gereinigt. Die Begründung könnte wohl schärfer gefaßt werden. Die ignavia wird auch anderweitig der neglegentia gleichgestellt (vgl. D. 38, 17, 2 § 41), unrichtig daher Solazzi (S. 261), der sie als gleichwertig mit dem dolus auffaßt. Von diesem Ausgangspunkt ist an der Erwähnung des dolus in unserer Stelle nicht zu rütteln. Die Interpolation ergibt sich aber lediglich aus der Sprache. 'Si dolo fecerunt' ist überflüssig, weil selbstverständlich, der Jurist hätte denn auch si ignavia vel neglegentia fecerunt sagen müssen; das fecerunt steht ohne Objekt da und deutet bei einem Nichtstun (nihil gesserunt) auf byzantinische Denkart. Das Einschiebsel 'si dolo fecerunt' ist aber nur dann erklärlich, wenn der Textrestaurator auch 'vel dolum' eingeschoben hatte. Die von Solazzi aufgedeckte Interpolation ist daher m. E. zweifellos. — Die Stelle bildet aber auch nach dieser Reinigung die Grundlage jener Scheidung der remotio suspecti von der postulatio suspecti, da aus ihr gefolgert wird, daß auch dort, wo eine post. susp. nicht zulässig ist, eine remotio dennoch möglich ist. Tauben-

---

[1]) Auf C. 5, 43, 6 § 1 (a. 238) möchten wir lieber in diesem Zusammenhange nicht verweisen. Si igitur tutores non recte administrant, suspectis eis postulatis rel. Non recte ist nicht = fraudulenter und erinnert lebhaft an Inst. 1, 26, 5 (non ex fide tutelam gerit); es umfaßt jede Geschäftsführungstätigkeit, die in ungehörender Weise geschieht. Doch heißt es dann im § 2 eod. quod si nihil in fraudem egerunt rel. — Zu dieser Konstitution vgl. Solazzi S. 166 f.

schlag formuliert den Inhalt der Stelle nach der Richtung hin, daß hier die suspecti postulatio wegen Vernachlässigung direkt ausgeschlossen wird, und auch bei Solazzi wird der Satz, daß bei Untätigkeit des Tutor die postulatio suspecti unzulässig ist[1]), zum Dogma erhoben, das er dann mehrfach für seine Interpolationsvermutungen verwertet. Nun glaube ich aber, daß die beiden Ansichten nicht das Richtige treffen, man muß nur ganz unbefangen an das Fragment herantreten.

Wer nichts getan hat, was zur Vormundschaftsführung gehört (qui nihil gesserunt), kann nicht ohne weiteres als suspekt postuliert werden, d. h. die bloße Untätigkeit als solche gibt noch keinen Anlaß zur accusatio susp. Das ist wohl ganz richtig, man braucht nur an den Fall zu denken, daß der Vormund schwer krank ist oder rei publicae causa verreisen mußte. Also: darauf, daß jemand als tutor untätig ist, kann die postulatio susp. noch nicht gestützt werden. Wenn er aber (verum) infolge von Trägheit oder Fahrlässigkeit nichts tut, dann kann er removiert werden. Warum? Weil er eben durch sein Betragen eine solche Eigenschaft bekundet, die ihn für das Amt eines Vormundes ungeeignet erscheinen läßt. Er kann also removiert werden, natürlich als suspectus, weil dies anders nicht geschehen kann; darf er aber als suspekt removiert werden, so kann er auch als solcher postuliert werden. Und in der Regel wird auch der Magistrat erst durch eine postulatio suspecti erfahren, daß der Vormund die Vormundschaftsgeschäfte vernachlässigt. Auf Grund der accusatio wird der Magistrat in die Lage kommen, die Untätigkeit des Vormunds auf ihren Hintergrund zu prüfen, ob sie auf angeborene Faulheit, die er etwa auch in seinen eigenen Sachen bekundet, zurückzuführen ist, oder ob sie in absichtlichem Liegenlassen der Geschäfte des Pupillen ihren Grund hat. Nach dieser Unterscheidung wird auch dann die Remotio mit oder ohne Infamie ausfallen. Das Unheil, das die Stelle anrichtete — ich glaube nicht fehlzugehen, wenn ich vermute, daß hier die Quelle der neuen

[1]) Die beiden Ansichten sind nicht identisch, denn Untätigkeit kann auch im Dolus ihren Hintergrund haben.

Theorien zu suchen ist — liegt darin, daß im ersten Satz von suspecti postulari, im anderen von removeri die Rede ist. Ich frage aber: kann nicht einem Juristen, der an einer anderen Stelle beim Aufwerfen der Frage (D. h. t. 3 § 5, vgl. oben S. 51/2) ex quibus causis suspecti removeantur in der Antwort vom suspectum postulare spricht, zugemutet werden, daß er auch hier promiscue diese Ausdrücke gebraucht, weil sie schließlich auf ein und dasselbe herauskommen? Was ist denn dabei Auffallendes, wenn ein nichtstuender Tutor, der des Pupillen Geschäfte träg und nachlässig verwaltet oder vielmehr wegen angeborener Faulheit sie überhaupt nicht verwaltet, von den Angehörigen des Pupillen — denn diese sind regelmäßig diejenigen, die mit der acc. susp. auftreten — vor dem Prätor als ungeeignet bezeichnet wird? Denn darauf läuft schließlich die suspecti postulatio hinaus. Man muß nur das Wort 'suspectus' die verbrecherische Färbung abstreifen lassen, die es besonders in der Verbindung crimen suspecti zu haben scheint.[1])

Nimmt man nun diese Deutung an, und ich glaube der Stelle dabei keine Gewalt angetan zu haben, so sind gleich einige Stellen sehr gut verständlich, ohne daß man ihnen Interpolationen unterschiebt, die durch nichts zu begründen sind und lediglich darauf abzielen, sie mit einem angeblich dem klassischen Recht angehörenden Gedanken vereinbar zu machen, der ihnen in der Tat ganz ferne liegt.

> D. h. t. 7 § 1 (Ulpian l. 1 de omn. trib.)[2]): si fraus non sit admissa sed lata neglegentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc quasi suspectum oportet.

Taubenschlag formuliert den 'sicher echten' Kern der Stelle folgendermaßen: si fraus non sit admissa, removeri hunc (sc. tutorem) quasi suspectum oportet. Mit einem solchen Kern wird man sich aber schwerlich zufrieden geben, da doch darin kein Wort darüber steht, was der Tutor eigentlich getan hatte. Etwas mußte aber dem Vormund vorgeworfen worden sein. Von der lata neglegentia

[1]) Vgl. oben S. 58f.

[2]) Vgl. Taubenschlag S. 37 und Solazzi S. 260f.

oder zumindest neglegentia allein war daher in der Stelle sicher die Rede. Zu streichen ist nur nach den bekannten Untersuchungen de Medios[1]) der Satz quia — accedit. Vielleicht war bei der neglegentia ein anderes Zeitwort genannt, weil neglegentiam admittere, das nur hier vorkommt, nicht gerade sehr schön ist.[2]) Abzulehnen ist aber die Annahme Solazzis, das quasi suspectum sei kompilatorische Zutat. Nach der Darstellung des klassischen Rechts, wie sie hier entwickelt worden ist, stehen diese Worte am richtigen Fleck.[3])

Unzutreffend ist ferner die Beanstandung der Stelle

> C. 5, 43, 9 (a. 294): suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob neglegentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est.

durch Solazzi (S. 260), der hier die Worte 'ex dolo' streichen will. Ich sehe nicht ein, warum durch die Stellung des ex dolo die Interpolation evident wäre;

---

[1]) Literatur bei Solazzi, S. 260 A. 2, 3.

[2]) Vgl. Pernice, Labeo II² 2, 1 S. 186⁴.

[3]) Unrichtiges zum Teil bei de Medio, Bull. XVII (1905) S. 20 f., der die Stelle in ihrem ganzen Umfange — dies geht aus seinen Ausführungen in Studi Fadda 2 (1906), 225 bei A. 5 klar hervor — als Kompilatorenwerk anspricht. Sprachlich ist an dem Teil des Fragments, den wir als echt festhalten wollen, mit Ausnahme der admissa neglegentia, die man schließlich zur Not gelten lassen kann (vgl. Pernice a. O.), nichts auszusetzen. Das 'hunc' schwebe in der Luft wird behauptet, vgl. Pernice a. O., auch schon Sav.-Ztschr. 14 (1893) S. 174ⁿ, de Medio a. O. Ja, aber § 1 cit. mußte doch nicht in der Vorlage sich unmittelbar an das pr. angeknüpft haben und das Gegenteil ist nach dem Inhalte der beiden Stellen mehr als wahrscheinlich. Dann ist das 'hunc' lediglich aus Unachtsamkeit aus der Vorlage herübergenommen worden, in der es mit Rücksicht auf einen unbekannten Vordersatz gut angebracht war. Solche Erscheinungen kommen in den Digesten hundertmal vor. Wie kann man sich überhaupt eine kompilatorische Zutat mit einem aus der Luft gegriffenen 'hunc' vorstellen? Solche Versehen können eben nur einem Abschreiber, nicht einem Verfasser zustoßen. Wichtiger ist aber, daß de Medio aus dieser Stelle — unter Heranziehung von C. 5, 43, 9 und J. 1, 26, 6 — folgern will, daß der wegen (lata) neglegentia remotus der Infamie verfällt. Diese Folgerung ist ganz unzutreffend und ist wohl nur auf die Tendenz zurückzuführen, den Inhalt des Fragments in krassem Licht erscheinen zu lassen. Die unrichtige Deutung ist wohl auch auf das Mißverstehen des crimen suspecti tutoris (vgl. oben S. 59¹) zurückzuführen.

ich finde überhaupt keinen besseren Platz für diese Worte und gerade ihre Stellung vor 'non etiam' scheint mir den Gegensatz schärfer zu betonen. Der in dieser Stelle enthaltene Grundsatz entspricht dem klassischen Recht und außerdem bezeugt die Stelle[1]), daß die ob neglegentiam remoti gleichfalls als suspecti removiert werden, ein Ergebnis, das wir schon aus anderen Stellen herausgelesen haben. Streichen wir aber das ex dolo, so enthält der Torso einen für das klassische Recht direkt falschen Grundsatz, weil die Infamie des remotus lediglich davon abhängt, ob seine remotio wegen dolus erfolgte.

Zu den Belegstellen dafür, daß man nur wegen dolus als suspectus gelten kann, zählt Solazzi (S. 260) auch D. 1, 12, 1 § 7. Hier ist aber eine ganz besonders schlimme Sorte von Vormündern gemeint, es heißt da von ihnen: qui male in tutela versati graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia. Damit ist aber gezeigt, daß hier nicht an eine Beschränkung des Kreises der suspecti gedacht ist.[2])

VIII. Wir wenden jetzt unsere Aufmerksamkeit einigen Stellen zu, die sich mit der Untätigkeit des Tutor, insbesondere bei absentia befassen. Da ist gleich eine wichtige Stelle zu nennen, die die Richtschnur der Lehre angibt:

> D. 26, 7, 5 § 2 (Ulpian l. 35 ad ed.): quod si posteaquam gessit, tunc se gestu abstinuit, etiam suspecti postulatio succedit.[3])

Wohl zu merken ist, daß hier mit keinem Worte angedeutet wird, die postulatio suspecti sei nur dann zu-

[1]) Da aus dem 'suspectos' auch zum 'remoti' 'suspecti' hinzuzudenken ist — geradeso wie 'remoti' inhaltlich auch zu 'suspectos tutores' gehört.

[2]) Taubenschlag S. 44 A. 66 folgt bei D. 26, 1, 9 (nicht 19, wie Taubenschlag a. O.) den Editoren der italienischen Digestentaschenausgabe in der Annahme, daß die Stelle zum Teil interpoliert ist. Dies ist bei der Identität der dort aufgezählten Fälle mit D. 1, 12, 1, 7 kaum anzunehmen. Es handelt sich vielmehr um Schulfälle, die Marcian (in seinem Institutionenlehrbuch) und Ulpian mit denselben Worten formulieren. Unzureichend Beseler, Beitr. III 44 zu l. 1 § 7 cit.

[3]) Von Solazzi S. 261[3] merkwürdigerweise unbeanstandet hingenommen.

lässig, wenn die abstinentia auf dem dolus beruhte! Wie ist mit dieser Stelle Solazzis Theorie zu vereinen?

Für die absentia kommen folgende Stellen in Betracht:

D. 26, 10, 7 § 2 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): praeterea accesserunt quaedam species ex epistula imperatoris nostri et divi Severi ad Atrium Clonium: nam adversus eos, qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere, ut suis rebus careant praecipitur reique servandae causa pupillus in possessionem mittatur eius, qui suspectus sententia sua factus est quaeque mora deteriora futura sunt curatore dato distrahi iubentur.[1])

Solazzi bezeichnet die Stelle als interpoliert, ohne jedoch den Umfang der Interpolation zu bezeichnen. Unrichtig ist gleich die Eingangsbemerkung, der Anfang des § 2 zeige, daß er weitere Fälle behandelte, in denen, wie in § 1 eod., die accusatio susp. nicht statthaft ist. Diese Bemerkung ist durch die oben S. 68f. zu § 1 cit. vorgebrachten Ausführungen erledigt. 'In possessionem mittatur eius' nennt Solazzi entsetzlich: '*occorre sottointendere* bonorum'. Soll dies etwa ein Interpolationsindiz sein und sollten die Kompilatoren nicht gewußt haben, daß zu possessionem 'bonorum' gehört? Mit der Annahme eines Schreiberversehens kommt man ganz gut aus. Im übrigen zeigt J. 1, 26, 9, die Kopie dieser Stelle[2]), daß das Ausfallen des Wortes 'bonorum' ein reines Versehen ist. Der Satz qui suspectus sententia sua factus est kann in dieser Gestalt nicht echt sein.[3]) Mir scheint die Korrektur 'absentia' für 'sententia', die von mehreren Seiten[4]) vorgeschlagen wurde, die plausibelste zu sein. Denn wäre dieser Gedanke vom suspectus erst von den Kompilatoren geschaffen worden, so hätte der Institutionenredaktor ihn beim Abschreiben für die Institutionen nicht verdrängt. Und ferner

---

[1]) Unzureichend die Bemerkung Taubenschlags S. 40f.

[2]) Vgl. oben S. 48.

[3]) Richtig darüber Solazzi S. 262 bei A. 1 und diese Anmerkung, gegen Kniep, Gai. Comm. I, S. 286.

[4]) P. Krüger notiert: vir doctus apud Schultingium. Nach Glück, Komm. Bd. 31 S. 68 A. 28 sind noch Faber und Ev. Otto hier zu nennen.

zeigt der ergo-Satz, der in den Institutionen eingefügt wurde, klar, daß der Gedanke vom suspectus in dem festgesetzten Digestentext stand. Daraus hat der Redaktor der Institutionen unter Berücksichtigung des folgenden § 3 D. eod. einen Nachsatz zusammengeschmiedet, ohne jedoch etwas Neues sagen zu wollen.[1] Auf die Bemerkung Solazzis, daß beide Mittel, die in diesem Text erwähnt werden, schlecht vereinbar sind, da bei der Zulässigkeit der remotio die missio in possessionem überflüssig erscheint, ist zu antworten, daß die missio ein einstweiliges Mittel darstellt, um den Tutor zur Aufgabe seines zweideutigen Spiels zu bewegen. Hilft sie nicht, dann wird zur remotio gegriffen.

Die suspecti remotio ist in diesem Falle auch bezeugt durch

> D. 26, 10, 7 § 3 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): item si quis tutos datur non compareat, solet edictis evocari, novissimeque si copiam sui non fecerit, ut suspectus removeri ob hoc ipsum, quod copiam sui non fecit rel.

Unbeanstandet von Taubenschlag (S. 38) wird die Stelle von Solazzi (S. 263) stark angefochten. Abgesehen von dem hier nicht wiedergegebenen Schlußsatz, der byzantinisch klingt, kann ich aber Solazzi nicht zustimmen. Ut suspectus ist echt, aus demselben Grunde, aus dem es in dem vorher genannten Fragment echt ist und ebenso in der gleich zu betrachtenden l. D. h. t. 3 § 14 unantastbar ist. Was Solazzi von 'item' behauptet, ist durch die analogen Ausführungen zu l. 7 § 2 h. t. (s. oben S. 71) entkräftet. 'Ob hoc ipsum quod copiam sui non fecit' ist durchaus nicht, wie Solazzi meint, '*un motivo inutilmente ripetuto*', weil der Nachdruck auf dem Worte ipsum liegt. Was Wunder, daß der Tutor als suspectus erklärt wird, wenn er sich auch auf die evocatio edicto[2]) durch den Prätor nicht stellt. Die remotio suspecti ist als letztes Mittel (novissime) gedacht. Dasselbe bezeugt

[1]) Ganz anders Solazzi a. O.

[2]) Vgl. D. 38, 17, 2 § 41 und D. 27, 2, 6 ('edicto proposito'). — Zur evocatio edicto vgl. jetzt Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren (1914) S. 33f.

C. 5, 43, 3 (a. 229): praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellet agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis

und ich kann Taubenschlag (S. 38) nicht zustimmen, wenn er zwischen diesen beiden fast aus derselben Zeit stammenden Stellen einen Widerspruch sieht und daraufhin den Schlußsatz 'quod si — prohiberis' athetiert. Nun ist es aber nicht uninteressant festzustellen, das Solazzi S. 146[3] den Anfangssatz streichen möchte, da er '*un colore troppo caricatamente bizantino*' habe. Was würde da aus der Stelle übrigbleiben, wenn die beiden Annahmen richtig wären? Zum ersten Satz bemerke ich, daß ich die von Solazzi betonte Überladenheit durchaus nicht finden kann. Solazzi scheint durch das Wort 'remedium' zu der Annahme vom byzantinischen Charakter der Stelle bewogen worden zu sein, ich denke aber, daß der Standpunkt Beselers[1]), daß 'remedium' den Klassikern wahrscheinlich fremd war, nach den Ausführungen Mitteis'[2]) als überwunden gelten kann.[3]) Aber auf den ersten Satz kommt es schließlich nicht viel an. Wichtiger ist aber der zweite. Beide Gelehrte sind nun einig darin, daß hier von einer postulatio suspecti nicht die Rede sein kann, und zwar Solazzi deshalb, weil hier nur eine schlichte remotio zuständig war, Taubenschlag deshalb, weil diese postulatio suspecti einen Widerspruch gegen l. 7 § 3 cit., wo nur von remotio die Rede ist, bedeute, der ganze Satz sei daher zu streichen. Wer aber meiner Auffassung folgt, der wird diesen Widerspruch überhaupt nicht finden. Die beiden Stellen sind vielmehr im schönsten Einklang und bestätigen in sehr willkommener Weise die hier vertretene Auffassung, daß jeder, der als suspekt removiert werden kann, auch als solcher mit der accusatio angegriffen werden kann. Von diesem Gesichtspunkte aus ist ja eine weitere Verteidigung der Echtheit der Konstitution überflüssig, doch

[1]) Beiträge II, 121. [2]) Sav.-Ztschr. 33 (1912) 205.

[3]) Trotz H. Krüger, Mélanges Girard II 28. — Bei Diocl. kommt das Wort schon sehr häufig vor.

seien noch einige Worte gestattet. Quod si in contumacia perseveraverint ist derselbe Gedanke, der in D. 26, 10, 7 § 2 in den Worten 'sui copiam perseverant non facere' Ausdruck fand und in D. 26, 10, 7 § 3 das 'novissime'[1]) diktierte; der Satz ut — prohiberis ist zweifellos echt, es ist typische Konstitutionensprache. Anfechtbar bleibt also nur das 'suspectos postulare', dessen Echtheit m. E. außer Zweifel steht. 'Non prohiberis' deutet darauf hin, daß es sich um den Schritt einer Privatpartei handelt, die die Absetzung des Vormunds herbeiführen will. Von ihrer Person aus beurteilt kann es sich also nur um die postulatio suspecti handeln und nicht um ein removere. Das auf Bas. 37, 11, 13 aufgebaute Argument Taubenschlags ist ohne Bedeutung, weil die Stelle aus dem Tipucitus hergestellt ist und nur eine kurze Zusammenfassung des lateinischen Textes ist. Es geht nicht an, solche Basilikenstellen zur Rekonstruktion des klassischen Textes zu benützen.[2])[3])

Daß wir nach obigen Stellen für die Echtheit der Schlußworte von D. 26, 10, 3 § 14 (Ulpian l. 35 ad ed.: tutor qui ad alimenta pupillo praestanda copiam sui non faciat, suspectus est poteritque removeri) — dagegen zu Unrecht Solazzi S. 263 — keine Worte verlieren wollen, ist klar. Da aber Solazzi für die Unechtheit des suspectus den folgenden § 15 ins Treffen führt, so muß auf diese Stelle eingegangen werden.

> D. 26, 10, 3 § 15 (Ulpian l. 35 ad ed.): sed si non latitet (sc. tutor), sed praesens nihil posse decerni contendit quasi inopibus (inopi *dett.*), si datis pupillo advocatis in mendacio revincatur, ad praefectum urbis remittendus est: neque enim interest id agere quemquam, ut corrupta fide inquisitionis tutor constituatur, an bona fide constitutum velut praedonem alienis bonis incumbere: hic ergo non quasi suspectus removebitur,

---

[1]) Vgl. oben S. 72.

[2]) Gegen diese Methode Taubenschlags mit Recht Peters, a. d. oben S. 57[1] a. O. S. 37.

[3]) Im übrigen ist die Basilikenfassung auf die Tutores und nicht die Petentin abgestellt.

sed remittetur puniendus ea poena, qua solent adfici, qui tutelam corruptis ministeriis praetoris redemerunt.

Taubenschlag (S. 44 f.) verweist auf die emphatische Ausdrucksweise, die Zuziehung von advocati, den Vergleich mit dem praedo und glaubt hier eine tribonianische Auseinandersetzung zu finden, 'die den Inhalt einer Konstitution wiedergibt'. Positive Vorschläge zur Heilung dieser sicher nicht in ihrer ganzen Ausdehnung unbrauchbaren Stelle werden nicht gemacht. Tiefer greift Solazzi (S. 263/4) ein: er weist auf D. 26, 7, 7 § 8 und 1, 12, 1 § 7 hin und betont mit Recht, daß das Ausliefern des Tutor in die Hände des Strafrichters erst recht seine remotio von dem Tutorposten erfordert (vgl. l. 1 § 7 cit.) und glänzend ist der Einfall, daß in dem Satz non quasi suspectus removebitur nach 'non' ein 'tantum' oder ein anderer gleichwertiger Ausdruck[1]) ausgefallen ist. Das Weitere in den Ausführungen Solazzis kann ich jedoch nicht gutheißen. Der Satz 'neque — incumbere' ist sicher Interpolation (oder Paraphrastenwerk), die auf paraphrastische Vereinigung der beiden Fälle[2]) gerichtet war. Der fremde Zusatz ist auch sprachlich hinlänglich genug gebrandmarkt (interest agere . . . an . . incumbere[3])). Hingegen behaupte ich (gegen Solazzi S. 264), daß quasi suspectus sicher echt ist, denn ein Mann, der vor den Strafrichter zur Bestrafung wegen schwindelartigen Betragens verwiesen wird, ist zumindest ein suspectus Tutor.[4]) Unzutreffend ist auch m. E. die Bemerkung Solazzis, daß hier die acc. susp. unstatthaft ist, weil der Tutor auch hier nihil gessit.

---

[1]) Vielleicht 'solum'.

[2]) In der vom Institutionenredaktor beim Abschreiben glatter abgefaßten Stelle 1, 26, 10 lauten sie: negat propter inopiam alimenta posse decerni; data pecunia ministerium tutelae redemit. Vgl. D. 1, 12, 1 § 7 und 26, 1, 9: nummis datis tutelam occupare.

[3]) Zum incumbere, bis jetzt in dieser Stelle von jenen, die dieses Wort behandelt haben (Beseler, Riccobono) unbeanstandet, vgl. Berger, Krit. Vierteljahrsschr. 3 F. XIV (1912) S. 428. — Unzulänglich Beseler, Beitr. III (1913) 61, 101/2.

[4]) Vgl. D. 1, 12, 1 § 7: graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia (darauf weist zutreffend Solazzi selbst hin) und D. 26, 10, 1 § 8.

Solazzi folgert nämlich diesen Grundsatz aus D. h. t. 4 § 4, die, wie wir oben S. 66 gezeigt haben, anders zu deuten ist. (Vgl. noch unten Abs. IX.)

Schließlich gehört hierher noch D. 38, 17, 2 § 41:

> Ulpian l. 13 ad Sab.: sed quod diximus 'reiecti' utrum sic accipimus 'a praetore non dati' et si suspecti fuerint remoti vel ob neglegentiam vel ignaviam repulsi? etiam hos quis reiectos recte dicet. ergo et si latitent? sed longum est: nam nec hoc ei imputetur, cur suspectos non fecit: alioquin et si latitarent, potuit edicto desiderare, ut eos praetor adesse iuberet et suspectos eos removet, si deessent.[1])

Solazzi (S. 260 bei A. 1) sieht wegen der Unklarheiten des Schlußsatzes die Möglichkeit einer Interpolation, die er dann vermutungsweise (A. 1 daselbst) andeutet, indem er die Worte 'suspectos eos' verschwinden läßt. Der Hinweis auf unsere bisherigen Ausführungen genügt, um diese Annahme als abgelehnt hinzustellen. Es liegt aber auch kein Grund vor, den Schlußsatz überhaupt zu verdächtigen, denn mit der Korrektur des Florentinatextes: removeret[2]) für removet ist eine Heilung der Stelle angebahnt. Zu deren Vollständigkeit ist aber noch m. E. das Wort 'edicto' umzustellen, denn wie D. 26, 10, 7 § 3[3]) zeigt, gehört 'edicto' zu 'iuberet' und nicht zu desiderare. Für den imputatur-Satz vgl. D. 26, 6, 4 § 4.[4]) Die so geheilte Stelle stimmt mit klassischem Recht völlig überein. Es ist nur noch einem Einwand vorzubeugen, der von der Solazzischen Theorie ausgehen könnte. Ist denn nicht im ersten Satze eine Scheidung zwischen den

---

[1]) Von Taubenschlag wird die Stelle nicht verdächtigt, vgl. S. 34 A. 29, 37 A. 43 und besonders S. 39 A. 50 (daselbst richtig: 'die Stelle steht auf dem Standpunkt des klassischen Rechts'). — Hingegen lautet Beselers Urteil (Beitr. III, 122): 'wohl ganz oder großenteils unecht'.

[2]) So auch in der Vulgata, vgl. ed. Dig. Gebauer-Spangenberg, die Kantorowicz jüngst wieder zu Ehren brachte (Sav.-Ztschr. 31, 1910, S. 82).

[3]) Edicto evocari.

[4]) Dagegen ist die Korrektur Mommsens 'inicum?' für longum überflüssig. Über longum im Sinne 'unnütz, überflüssig' vgl. Heumann-Seckel [9] s. h. v. unter 4.

als suspekt remoti und den wegen Fahrlässigkeit oder Trägheit Abgesetzten angedeutet? Durchaus nicht. Denn das 'suspecti' kann ohne weiteres zu repulsi herübergenommen werden. Sonst müßte das 'si' nach dem ersten 'vel' wiederholt werden. Daß es aber auch bezogen werden muß, beweist der Umstand, daß die wenigen Quellenstellen, wo von repellere eines Tutor die Rede ist, eine suspecti remotio voraussetzen, vgl. D. 26, 2, 17 § 1 (v. si iam multa flagitia in tutela admisit); 26, 10, 3 § 4 (suspectus repelli, vgl. zu dieser Stelle unten S. 86).[1])

Von D. 27, 2, 6, das in diesen Zusammenhang gehört, war schon vorher (S. 56) die Rede.

IX. Es wurde bereits (oben S. 67) hervorgehoben, daß Solazzi aus der l. 4 § 4 D. h. t. (qui nihil gesserunt) die Schlußfolgerung zieht, der Tutor könne nur dann als suspectus postuliert werden, wenn er die Führung der Geschäfte des Pupillen tatsächlich begonnen hatte. Auf dieser Basis wurde dann — unzutreffend, wie wir zu zeigen ver-

[1]) Die ungeschickte Anfügung des repulsi soll allerdings nicht unbemerkt bleiben. — Es ist auffallend, daß das 'repellere' eines suspekten Vormunds immer in nicht ganz einwandfreier Umgebung vorkommt. Wegen D. h. t. 3 § 4 vgl. unten S. 86, in D. 26, 2, 17 § 1 heißt es 'repelli et reici' a tutela. Ein Zeitwort hätte ausgereicht. Nicht unbeachtet soll auch bleiben, daß repelli dem griechischen ἐκβάλλεσθαι, das häufig für die Absetzung des Vormunds gebraucht wird (vgl. Theoph. Paraphr. Inst. 1, 26 pr. §§ 8. 9; Bas. 37, 10, 1. 4), besser entspricht als removeri (= ἀποκινεῖσθαι). Bei dieser Gelegenheit eine Notiz über die Terminologie. Für 'removere' werden noch folgende Ausdrücke gebraucht: amovere (D. h. t. 3 § 11); submovere (Ulp. Reg. 11, 23; C. 5, 43, 2, a. 215); reicere (D. 26, 2, 17 § 1; 26, 10, 3 § 12; 38, 17, 2 §§ 23 (= 26, 6, 2 § 2), 38, 39 im Zusammenhang mit § 41 eod.). — Die Auffassung Solazzis S. 267 bei A. 1, daß man tutor reiectus oder repulsus von einer remotio 'a non inita tutela' gebrauchte, dagegen einen tutor remotus den nach Antritt der Vormundschaftsführung abgesetzten Vormund nannte, ist nicht zutreffend. — Vom remotus heißt es oft abit (a) tutela, vgl. 26, 2, 11 § 2; 26, 4, 3 § 8; 26, 10, 3 § 18. 4 pr. Die Ausdrucksweise bezeichnet Solazzi S. 280 als *tecnica per indicare la remozione;* wie aber die beiden ersten Stellen zeigen, wird sie auch bei einer erfolgreichen excusatio angewandt. Zur ersten Stelle ist der vorhergehende § 1 eod. heranzuziehen. Wegen dieser Stellen (l. 11 § 1, 2 cit.) glaube ich nicht an die Richtigkeit der Vermutung Solazzis S. 280, daß in l. 26, 4, 3 § 8 die Worte vel excusatus interpoliert wären.

sucht haben — die Lehre aufgebaut, daß, wo eine Geschäftsführung überhaupt nicht angetreten wurde, die acc. susp. ausgeschlossen ist.[1]) Eine weitere Konsequenz dieser Lehre ist die gleichfalls abzulehnende Anschauung, daß für doloses Gebaren vor dem Antritt der gestio durch den Tutor eine accusatio suspecti nicht möglich ist. Bevor wir an die Prüfung des einschlägigen Materials herantreten, muß aber die Lehre Solazzis auf ihre logische Vereinbarkeit mit den hier aus den Quellen herausgearbeiteten leitenden Grundsätzen der accusatio suspecti untersucht werden. Mit dem Begriff suspectus ist es durchaus verträglich, daß jemand auch wegen seiner Vergangenheit als ungeeignet zur Übernahme der Vormundschaftsstellung erscheint. Erinnern wir uns noch an die Definition, deren Kern in dem moribus suspectus lag (D. h. t. 8, vgl. oben S. 60), so scheint es, daß man gerade auf Grund des bisherigen Lebenswandels sich als für eine Vormundschaft ungeeignet erweisen kann. Wenn wir dabei noch auf jene Erscheinung hinweisen, daß man — allerdings nur im besonderen Fall der contutores — mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse als suspekt postuliert werden kann, womit erst recht ein Grund in Betracht gezogen wird, der in der Regel vor dem Antritt der vormundschaftlichen gestio geltend zu machen ist, so ist die Auffassung Solazzis von vornherein stark erschüttert. Daß man wegen früherer Missetaten als ungeeignet für eine Vormundschaftsführung erscheint, ist so einfach und natürlich, daß man sich nur wundern muß, wie man gerade das Gegenteil in die Quellen hineinzwingen wollte; freilich ließ man sich dabei von einer Stelle (vgl. unten S. 80) beirren, um mehrere andere zu verdächtigen.

---

[1]) Vgl. auch Girard, Manuel[5] S. 215, der aus der durchaus richtigen Prämisse, daß das Verfahren gegen den Tutor suspectus vornehmlich darauf gerichtet war, den Tutor von der Geschäftsführung zu beseitigen, folgern will, daß es eben deshalb ursprünglich zu dem Zwecke diente, einen Vormund, der bereits die Geschäftsführung angetreten, abzuschieben. Diese Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend, weil es doch auch darauf ankommen kann, einen verdächtigen Tutor nicht einmal zum Antritt der Geschäftsführung zuzulassen.

Als erste sei für die Frage die Stelle Inst. 1, 26, 5 angeführt:

> Suspectus est autem qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo est, ut et Iulianus quoque scripsit. sed et ante, quam incipiat gerere tutelam tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Iulianus scripsit et secundum eum constitutum est.

Es wurde bereits oben S. 48 darauf hingewiesen, daß mit diesem Paragraphen jener Teil unseres Institutionentitels beginnt, in dem eine andere — zitatenreiche — Quelle benutzt wurde, als der fertige Digestentitel 26, 10. Bis auf die drei Worte 'licet solvendo est', die man mit Rücksicht auf den allgemein als Interpolationsmerkmal geltenden Indikativ bei licet als Einschiebsel bezeichnen darf, klingt alles glatt und klar. Es wäre auch nicht einzusehen, warum die Berufung auf Julian und die seiner Ansicht folgende Konstitution eine Unwahrheit sein sollte. Die Stelle wird von Taubenschlag richtig in dem Sinne gedeutet (S. 37), daß Julian hier die Absetzung auch für den Fall zuläßt, wo der Vormund noch überhaupt nicht angefangen hatte, die Vormundschaft zu führen. Allerdings beschränkt Taubenschlag dies nur auf die Absetzung, wogegen nach unserer Auffassung auch eine zur Absetzung führende accusatio zulässig war. Das bestätigt glatt C. 5, 43, 3, für die wir Taubenschlags Interpolationsannahme abgelehnt haben (vgl. oben S. 73). Angefochten wird aber die Institutionenstelle von Solazzi, der zwar die remotio gelten lassen will, jedoch ohne die Qualität quasi suspectum, die er als hineininterpoliert betrachtet. Diese Interpolationsannahme gehört zu jenen, die durch den einfachen Hinweis, daß es keine schlichte remotio gab, erledigt erscheinen. Solazzi verweist aber auf den Widerspruch zwischen dieser Stelle und D. h. t. 3 § 5, wo von einem postulare suspectum die Rede ist, und dieser Widerspruch, der für beide Gelehrten[1]) eine Bekräftigung der Scheidung zwi-

[1]) Der zweite Teil der l. 3 § 5 cit. blieb von Taubenschlag unberücksichtigt.

schen Gründen der accusatio und remotio[1]) bedeutet, wächst bei unserer Auffassung, die aus denselben Gründen, aus denen eine remotio zulässig ist, auch die accusatio als statthaft erklärt, zu einem scharfen Gegensatz. Dieser bedingt ein tieferes Eindringen in den Sinn und die Sprache der Stelle.

> D. h. t. 3 § 5 (Ulpian l. 35 ad ed.)[2]): . . . et sciendum est aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est aut sordide egit vel perniciose pupillo vel aliquid intercepit ex rebus pupillaribus iam tutor. quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam tutor esset, quamvis in bonis pupilli vel in tutela, non potest suspectus tutor postulari, quia delictum tutelam praecessit. proinde si pupilli substantiam expilavit, sed antequam tutor esset, accusari debet expilatae hereditatis crimine, si minus, furti.

Im ersten Teil der Stelle wird erfreulicherweise von beiden Gelehrten, Taubenschlag S. 33, Solazzi S. 260 bei A. 4, dieselbe Einklammerung vorgenommen und zwar erstes 'aut' und si forte — iam tutor. Zu den trefflichen Ausführungen ist hier nichts hinzuzufügen. Aber auch das Weitere ist durch sprachliche Unfeinheiten so stark belastet, daß wir den aus der Stelle gegen unsere Theorie herauswachsenden Widerspruch nicht zu hoch anzuschätzen brauchen. Ein erfreulicher Umstand ist es, daß wir, bevor wir selbst an dem Text Kritik üben werden, auf einige triftige Argumente hinweisen können, die vom Vertreter einer von uns bekämpften Auffassung gegen die Reinheit des zitierten Fragments angeführt werden. Bei einer anderen Gelegenheit weist nämlich Solazzi S. 162[2. 3], den Text nur vorübergehend streifend, mit erfreulichem Scharfsinn, der sein ganzes Buch kennzeichnet, auf einige krasse Mängel hin, die dem Text anhaften: 'vel in tutela *è spurio*', ich zögere keinen Augenblick, es mit einem bei Solazzi beliebten Ausdruck als

---

[1]) Für Solazzi in bezug auf die schlichte remotio.

[2]) Für den Anfang der Stelle vgl. oben S. 51 bei N. 6.

entsetzlich zu bezeichnen; auch den Schluß von proinde an bezeichnet Solazzi als umgearbeitet. Wir haben dazu noch folgendes hinzuzufügen; quod si quid admisit, ante tamen admisit, quam schreibt nur ein Byzantiner, ein Klassiker schreibt quod si quid admisit, antequam usw. 'Tamen admisit' schiebt man aber nicht ein, um einen glatten Text zu verschönern, diese Worte können sich eben nur dort vorfinden, wo der ganze Satz aus einer Feder stammt, die auch schon durch das 'quid admisit' genügend gekennzeichnet wird: diese euphemistischen Worte sollen die bösen nachher als delicta qualifizierten Vergehen mildern. Quia delictum tutelam praecessit konnte nur derjenige geschrieben haben, der die Worte iam tutor an das Ende des Vordersatzes so häßlich angeknüpft hatte. Diese Bemerkungen genügen, um den quod si-Satz als 'suspectus' zu postulieren und ihn 'quasi suspectum removere'.[1]) Und nun noch eine Erwägung: scheint es überhaupt denkbar, die Klassiker hätten eine postulatio suspecti gegen eine Person verweigert, gegen die, wie der Schlußsatz zeigt, ein crimen expilatae hereditatis oder eine actio furti anzustrengen war?

Eine weitere Stelle, die hier Beachtung verdient, ist

D. h. t. 3 § 12 (Ulpian l. 35 ad ed.): si tutor inimicus pupillo parentibusve eius sit et generaliter si qua iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, reicere eum debebit.

Es handelt sich hier um den Fall, wo zwischen dem Tutor und dem Pupillen bzw. seinen Angehörigen Feindseligkeiten obwalten. Daß ein solcher Tutor als ungeeignet erscheint, unterliegt keinem Zweifel; er ist daher zu removieren. Den Satz et generaliter — versari betrachte ich für interpoliert[2]); es ist einer jener generalisierenden Sätze

[1]) Zu quod si, das schon Faber mit Verdacht belegte (vgl. de Medio, Bull. XIII 238) vgl. Albertario, Contributi alla critica del Digesto 1911, S. 19 ('*frequentemente compilatorio*'); Derselbe, Rend. Ist. Lomb. S. II Vol. 45 (1912) S. 473 (*indica una maniera preferita dai compilatori per combinare le loro aggiunte col discorso dei giureconsulti*). Aber große Vorsicht, die nicht genug anempfohlen werden kann, ist hier geboten!

[2]) Nur das Wort praetor ist daraus als Subjekt zu debebit zu entnehmen.

Tribonians, deren wir schon eine ganze Reihe kennen. Was Taubenschlag, der einer solchen Annahme vorbeugen will, dagegen anführt (S. 39 A. 51)[1], ist ohne Belang, weil in l. 3 D. h. t. überhaupt keine Aufzählung bestimmter Fälle vorliegt; es wird nur dem Magistrat eine Richtschnur gegeben, nach der das Wesen des 'suspectus' zu beurteilen ist. Gewiß ist der Satz an sich für das klassische Recht annehmbar, weil ja die Beurteilung der Gründe, aus welchen jemand als suspectus zu bezeichnen ist, der freien Würdigung der Tatsachen durch den Magistrat überlassen ist. Bei einem non ex fide tutelam gerere kann von einer Aufzählung nicht die Rede sein, ebensowenig, wie eine Aufzählung der Fälle, wann jemand moribus suspectus ist, möglich ist. Aber daß in l. 3 § 12 cit. der generaliter-Satz interpoliert ist, beweist der Umstand, daß die generelle Formulierung nicht ex professo vorgetragen wird, sondern ungeschickt an einen ganz besonderen Fall (tutor inimicus) angeknüpft wird, dann der häßliche Subjektswechsel (tutor sit, causa moverit, debeat [sc. tutor], debebit [sc. praetor]), wobei bei den zwei letzten Zeitwörtern die Subjekte — die noch dazu verschieden sind — fehlen und schließlich der Moduswechsel (sit — moverit[2])). Der Indizien genug, um den Satz als nicht der Feder Ulpians entstammend einzuklammern

Für die hier behandelte Frage ist aber dieses Fragment insofern von Wichtigkeit, als hier der Grund der Absetzung des Vormunds auf Umstände zurückgeführt wird, die in der Regel auf die vor dem Vormundschaftsantritt liegende Zeit zurückgehen.[3])

Hierher gehört ferner

---

[1]) 'Man könnte versucht sein, die Echtheit des generaliter-Satzes anzufechten. Doch wäre dies gewiß verfehlt. Denn es wird die Möglichkeit einer Absetzung auch in Fällen erwogen, die in der Aufzählung Ulpians nicht erhalten sind, vgl. D. 26, 2, 29.'

[2]) Das ist eher ein Fut. exactum, vgl. debebit.

[3]) Solazzi hat sich mit der Stelle nicht näher befaßt; sie wird von ihm nur S. 265, wo sie m. E. gerade das Gegenteil von dem belegt, als wofür sie Solazzi zitiert, und S. 259[3] angeführt, aber hier in einem Zusammenhang, der nicht leicht zu erkennen ist.

C. 5, 43, 2 (a. 215): curatores quidem suo periculo quanto tardius ad eos tutela transfertur, cessant. quod si id fraude factum existimas, suspectos eos postula: qui si submoveri meruerint, in locum eorum alios accipies.

Hier wird der Tutor[1]) wegen frauduloser Hinausschiebung der Übernahme der Vormundschaftsführung als der suspecti postulatio ausgeliefert hingestellt. Zweifellos richtig. Solazzi glaubt zwar nicht an Echtheit der zweiten Hälfte des Fragments, weil er hier nur die remotio gelten lassen will, nicht aber die postulatio suspecti. Daß diese Anschauung den Quellen nicht gerecht wird, wurde bereits gezeigt.[2]) — Zum periculo suo cessare der Vormünder vgl. Fr. Vat. 155, D. 26, 7, 1 pr. § 1. Die Konstitution Caracallas scheint eine Erweiterung der in l. 1, § 1 cit. erwähnten Const. Marci zu sein.

Endlich ist hier noch auf D. h. t. 3 § 8 zu verweisen:

Ulpian l. 35 ad ed.: si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab alia administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est idem dici potest.

Die Stelle behandelt eingehend nur Solazzi S. 163, Taubenschlag läßt sie unberührt (S. 39). Daß sie nicht so hinzunehmen ist, wie sie dasteht, sieht man auf den ersten Blick. Wo ist die Beantwortung der im Vordersatz aufgeworfenen Frage? Das ungeschickte ergo läßt den Torso erst recht erkennbar hervortreten. 'Quia tutelae cessat' ist im Munde eines Klassikers unmöglich. Stammen aber diese Worte vom Kompilator, so verraten sie, daß das umfangreiche Stück von § 5 i. f. eod. (vgl. oben S. 80), wo der Gedanke vom cessare der accus. suspecti, weil eine andere Klage statthaft ist, eingeführt wird, bis § 11 eod. auf diesen Gedanken hin verarbeitet wurde. Man

[1]) Vgl. Solazzi S. 166.

[2]) Nicht aus denselben, aber aus sehr ähnlichen Gründen klammert Taubenschlag S. 38 A. 49 den Satz quod si bis ans Ende ein.

braucht nur § 6 zu lesen[1]) und das Verhältnis der darin gestellten Frage zu der darauf gegebenen Antwort zu prüfen, um den ganzen Nachsatz als unbrauchbar auszuschalten. Dasselbe ist über Frage und Antwort in § 7 zu sagen. Der Fall mehrerer Tutores (in § 6 cit. curatores) ist aber erst in diesen verdächtigen Antworten hineingetragen worden. Daher wird der Verdacht, daß der einleitende Satz in § 8 cit. (si autem ipse (!) tutor est solus) eine vom Kompilator erfundene Prämisse sei, nicht von der Hand zu weisen sein. 'Numquid' hat schon bei Faber[2]) Verdacht erregt; quia tutelae cessat, ist wiederum jener schiefe Gedanke aus § 5 i. f. und folgenden. Denn was hat die a° tutelae mit der accusatio suspecti gemein? Jene bezieht sich auf eine bereits geführte Tutel, bei dieser handelt es sich aber darum, einen rechtzeitig zu beseitigen, damit er zur Führung einer Tutel nicht zugelassen werde bzw. von einer bereits angetretenen Vormundschaftsführung abgesetzt werde. Ziel und Wirkung sind grundverschieden und eine Annäherung ist vielleicht nur darin zu suchen, daß, wer aus einem iudicium tutelae wegen einer früheren Vormundschaft als infam herauskam, für eine spätere als suspekt gelten kann. Dies war vielleicht auch der Gedanke, der in der echten l. 3 § 8 cit. stand, aber beweisen läßt sich dies nicht, nachdem, wie wir gesehen haben, hier ein größeres Stück[3]) ungeschickt und unklar verarbeitet wurde, so

[1]) Wertvolles bei Solazzi S. 163, doch sind seine Ausführungen nicht erschöpfend.

[2]) Vgl. de Medio, Bull. XIII 238.

[3]) Man beachte nur, wie das ganze lange Stück mit Fragen und Antworten operiert. Die Hand des Verarbeiters wird dadurch unverkennbar. — Auch die Antworten in §§ 9, 10, 11 sind mehr als verdächtig. Man lese nur das wunderschöne Latein in § 9: et magis est, ut postulari possit, quasi una tutela sit habens intervalla. Auf die Echtheit der Antwort in § 10 wird wohl niemand schwören. Und § 11 ist schon mit Recht von Solazzi S. 162 kräftig angegriffen worden. Wir fügen hinzu: die Distinktion des Schlußsatzes ist sicher kompilatorisch: da der Vordersatz von einem Alleintutor spricht, so ist die erste Alternative si quidem habet contutores (wohl zu merken: wieder die contutores, die in den verdächtigen Antworten der §§ 6 und 7 auftraten) als eine von fremder Hand eingeschobene Zutat gekennzeichnet, zu der auch die für diese

daß der Versuch einer Rekonstruktion, die nie ganz einwandfrei ausfallen kann, gar nicht verlockend ist. Vielleicht ist es damit zu erklären, daß die jüngsten Bearbeiter der Lehre vom tutor suspectus dieses ganze Stück übergangen haben, ohne ihren Scharfblick an ihm walten zu lassen. Taubenschlag zog diese Stellen überhaupt nicht in den Kreis seiner Untersuchungen, und Solazzi streifte sie nur insoweit sie in die von ihm untersuchte Lehre vom curator suspectus hineinspielten. Ein leitender Gedanke für die Einwirkung der vor der Tutel begangenen Taten auf die Qualifikation und Remotion als suspectus ist aus diesem verunstalteten Stück (l. 3 §§ 5 ff.) nicht herauszubringen, und es wird uns daher nicht wundernehmen, wenn der Institutionenredaktor, als er auf diese Stellen stieß, die ganze lange Betrachtung einfach wegschnitt, weil er sie für ein Lehrbuch unbrauchbar fand und vielmehr vorzog, zu einer klassischen Vorlage zu greifen, um daraus den § 5 J. 1, 26 aufzunehmen.

X. Wir haben vorher, als für das klassische Recht bindend, folgenden Grundsatz angenommen, daß, wo eine remotio (nach unserer Auffassung nur eine remotio suspecti) als statthaft ausgesprochen wird, dort auch eine accusatio suspecti zulässig ist. Eine andere Frage ist es, ob nur als Folge einer accusatio suspecti die Absetzung erfolgen konnte, d. h. ob der Grundsatz: keine remotio ohne accusatio verbindlich war. Taubenschlag hat diese Frage zum Brennpunkt seiner Untersuchungen gemacht und hat als Ergebnis — dessen historische Entwicklung uns nicht überzeugen konnte[1]) — den Grundsatz formuliert, daß eine remotio ohne accusatio möglich war und zwar sowohl bei doloser als auch kulposer gestio seitens des Tutors.[2]) Nun stützt sich aber dieses Resultat

Alternative gefällte Antwort gehört. Quia conveniri potest ist wiederum jener schiefe Gedanke, von dem oben im Texte die Rede war. Die fremde Hand verrät sich auch durch das poterit postulari gegen potest amoveri. Nach der Bedeutung des suspectus zu urteilen, kann m. E. kein Zweifel darüber bestehen, wie die Antwort im klassischen Recht lautete.

[1]) Vgl. oben S. 41.

[2]) Nicht so Solazzi, der für jede der beiden Remotionsarten eine

lediglich auf Stellen, die nur von einem removere sprechen und das postulare verschweigen, wie D. h. t. 3 §§ 8, 12, 13, 14, 16.[1]) 7 §§ 1, 3. J. 1, 26, 5. C. 5, 42, 2. Daß diese Stütze sehr gebrechlich ist, haben unsere vorhergehenden Ausführungen zur Genüge gezeigt. Da auf jede erfolgreiche accusatio eine remotio folgt, so ist es rein logisch, daß eine Stelle, die vom removere spricht, nicht deshalb die accusatio ausschließt. Alle diese Stellen beweisen daher nichts für diese Frage, und ebensowenig auch die l. D. h. t. 4 § 4, von der bereits oben S. 66 die Rede war.[2])

Sehr wichtig ist aber D. h. t. 3 § 4:

> Ulpian l. 35 ad ed.: praeterea videndum an et sine accusatione possit suspectus repelli. et magis est ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est.

Der et-magis-Satz wurde bereits mit Recht von H. Krüger, dem P. Krüger in seinen letzten Digestenausgaben (11. 12.) folgte, als interpoliert verzeichnet. Zustimmend Taubenschlag S. 43 A. 63 und Solazzi S. 161 bei A. 4 und S. 300. Doch gegen die Verwertung dieser Interpolation durch Taubenschlag S. 43/4 muß Widerspruch erhoben werden. Taubenschlag findet nämlich diese Interpolation erst recht verständlich, wenn man ihr die von ihm S. 43 geschilderte Tendenz der Kompilatoren zugrundelegt. Nun wird diese Tendenz folgendermaßen gekennzeichnet: 'ging die Entwicklung des klassischen römischen Rechts in der Richtung, die Absetzung von Amts wegen[3]) auf Kosten der accusatio auszudehnen, so war das justinianische Recht darauf bedacht, die Absetzung von Amts wegen auf Kosten (sic!) der accusatio

postulatio fordert, obgleich er auch für die 'schlichte' remotio '*altre vie*' zuläßt, wie wir in dem Zitat oben S. 4 gelesen haben.

[1]) Der auf S. 39 bei Taubenschlag zitierte Text dieser Stelle beruht auf den Angaben Glücks, Komm. 31, S. 53. Die Florentina spricht vom repertorium nicht, und der Satz 'qui repertorium non fecerunt' verträgt sich kaum mit dem Folgenden. Vgl. Mommsens ed. maior.

[2]) Damit wird aber auch die Schilderung des justinianischen Rechts bei Taubenschlag S. 43 getroffen.

[3]) Gemeint ist damit die remotio ohne vorhergehende accusatio.

einzuschränken'.[1]) Daß im Nachsatz für 'auf Kosten' 'zugunsten' zu lesen ist, ist klar. Ebenso klar ist es auch, daß man, wenn man den vorgehenden Ausführungen folgt, obige Tendenz der Kompilatoren und ihre Neigung, 'die Absetzung in der accusatio völlig aufgehen zu lassen und die selbständige Entwicklung, die die Remotion im klassischen Recht genommen hat, zu verwischen'[2]), als völlig unbewiesen betrachten wird. Vollends unverständlich ist es aber, wie die l. 3 § 4 cit. mit obiger 'Tendenz' zusammenzubringen und auf ihrer Grundlage zu erklären sei. Denn gerade das Gegenteil wird jeder unbefangene Leser aus der Stelle folgern, da doch dem Prätor glatt die Befugnis zugesprochen wird, den Vormund abzuschieben, sobald nur die ihn als suspectus erscheinen lassenden Tatsachen bewiesen sind.[3]) Freilich deutet Taubenschlag die Stelle so, daß hier 'die Absetzung von Amts wegen nur auf die dringendsten Fälle beschränkt wird' — aber die 'apertissima argumenta' haben doch mit den 'dringendsten Fällen' nichts zu tun! — Ich verwerte die Stelle vielmehr folgendermaßen: ist der et-magis-Satz Kompilatorenwerk — seine Echtheit wird wohl heute niemand verteidigen wollen —, so hat diese Interpolation zu bedeuten, daß der Grundsatz neu ist und entweder eine entgegengesetzte Entscheidung der klassischen Vorlage ablöste oder überhaupt erst von den Kompilatoren samt der Frage[4]) eingeführt wurde. Danach wäre aber für das klassische Recht folgendes Ergebnis zu formulieren:

---

[1]) Wie ich mich zum folgenden Satz: 'von diesem Standpunkte aus ist die Interpolation in C. 5, 43, 2 und C. 5, 43, 3, wo an Stelle der Absetzung von Amts wegen das Akkusationsverfahren eingesetzt wurde, zu erklären' stelle, ist aus den vorhergehenden Betrachtungen zu den genannten Kodexstellen (oben S. 83, 73) zu entnehmen.

[2]) Taubenschlag a. O.

[3]) Die 'apertissima argumenta' sind den ebenfalls interpolierten 'apertissimae probationes' in D. 4, 2, 23 pr. und D. 28, 5, 63, 1 gleichwertig.

[4]) Ob die Fragenformulierung selbst echt ist, läßt sich m. E. mit Sicherheit nicht behaupten. Für 'praeterea' ist im Vorangehenden keine Erklärung zu finden. Für videndum wäre dann das nachfolgende videamus (§ 5 eod.) vorbildlich gewesen.

keine remotio ohne accusatio. Um also einen Vormund removieren zu können, mußte der Prätor eine accusatio abwarten. Dieses Ergebnis könnte zweifelhaft scheinen, wenn man in Erwägung zieht, daß der praetor auch ohne formelles Verfahren mit accusatio zur Kenntnis solcher Umstände gelangen konnte, die den Vormund als unwürdig zur Führung der Vormundschaft erscheinen lassen. Dieser Einwand kann aber leicht entkräftet werden, wenn an ein anderartiges Eingreifen des Prätors erinnert wird, vgl.

D. h. t. 4 § 3 (Ulpian l. 1 de omn. trib.): si praetor sententia sua non removerit tutela, sed gerere prohibuit, dicendum est magis esse, ut et hic desinat tutor esse.

Der Prätor hatte also die Möglichkeit, ein Verbot der Vormundschaftsführung zu erlassen. Gegen den magis-Satz kann man zwar Verdacht erheben[1]), doch steckt in dem gerere prohibuit ein richtiger Kern und man dürfte wohl nicht fehlgehen, wenn man darin ein Verbot sieht, das der praetor erließ, wenn noch keine accusatio vorlag oder eine solche bereits angestellt wurde, das Akkusationsverfahren sich jedoch zu lange hinauszog und inzwischen die weitere Führung der Geschäfte des Pupillen durch den als suspekt postulierten Tutor Gefahr für den Pupillen bedeutete. Vgl. Inst. 1, 26, 7 und Cod. 5, 43, 7 (a. 240).

Der Satz, keine remotio ohne accusatio, ist mit der hier vertretenen Auffassung des Verhältnisses dieser beiden Begriffe gut vereinbar. Aus der remotio kommt man als suspectus heraus und da muß dem dadurch gefährdeten Tutor die Möglichkeit geboten werden, sich gegen die gegen ihn vorgebrachten Beschuldigungen zu verteidigen, um so mehr, als die Remotion unter Umständen zur Infamie führen kann. Diese Möglichkeit ist in einem kontradiktorischen Verfahren, als welches wir das Akkusationsverfahren aufzufassen haben, dem Tutor in größerem Umfange geboten, als in einem rein administrativen Verfahren: steht er doch dort einem Privatankläger und

---

[1]) Richtig Taubenschlag S. 42. — Vgl. noch den Korrektur-Nachtrag unten S. 93.

nicht wie hier einem Magistrat gegenüber. Und so ist es durchaus erklärlich, daß geradeso wie zugunsten des Pupillen der Satz aufgestellt wurde, daß jedermann mit der accusatio auftreten kann, andererseits zugunsten des Tutor das klassische Recht die Regel festsetzte, daß er nur auf Grund einer erfolgreich durchgeführten accusatio als suspectus abgesetzt werden kann.

XI. Auf Grund obiger Darstellung der klassischen Lehre vom Tutor suspectus können wir noch zu einigen Interpolationsannahmen Stellung nehmen.

D. 27, 1, 35; vgl. Solazzi S. 266f. Trefflich wird hier das Emblema 'sed hoc non quaerendum est, sed contumacia punienda eius qui quodammodo[1]) se excusavit' nachgewiesen. Was jedoch gegen den Schlußsatz (multo magis quis dicere debebit indignum iudicio patris qui ut suspectus remotus est a tutela) ins Treffen geführt wird, ist zum großen Teil unzutreffend. Das 'ut suspectus' wird selbstverständlich angefochten[2]), zu Unrecht, wie gewöhnlich. Die Worte multo — debebit werden mit Recht mit Verdacht belegt, und es ist erklärlich, daß die Kompilatoren, nachdem sie den vorgegehenden Satz einschmuggelten, auch daraufhin den Eingang des Schlußsatzes entsprechend verarbeiteten. Aber der Satz selbst, daß der remotus a tutela das vom Vater des Pupillen ihm ausgesetzte Legat verliert, weil er keine Vormundschaft führt, ist so einfach und billig, daß man daran keinen Anstoß nehmen kann. Die Schlußworte — von indignum bis ans Ende — mit einem entsprechenden Zeitwort — etwa sed[3]) dicendum est — sind daher als echt zu betrachten.[4])

C. 5, 52, 2 § 1 (a. 284): in divisionem autem administratione deducta sive a praeside sive a testatoris

---

[1]) Zu quodammodo vgl. neuestens Berger, Streifzüge durch das römische Sklavenrecht, Philologus 73 (1914), S. 71[28, 29].

[2]) '*Dovrebbe ad ogni modo* (sic!) *espellersi.*'

[3]) Ein 'sed' ist notwendig, weil der vorhergehende Satz vom Juristen wohl in negativem Sinne erledigt wurde.

[4]) Ein Teil der Ausführungen Solazzis (S. 267 bei A. 1) wurde bereits früher abgelehnt, vgl. oben S. 77[1].

voluntate unumquemque pro sua administratione convenire potest (sc. adulescens) periculum invicem tutoribus seu curatoribus non sustinentibus nisi per dolum aut culpam suspectum non removerunt vel tarde suspicionis rationem moverunt, cum alter eorum non solvendo effectus sit vel suspicionis causam agendo sua sponte iura pupilli prodiderunt.

Die Stelle wird von Solazzi S. 96 f. sehr scharfsinnig behandelt. Er streicht die beiden ersten Alternativen des nisi-Satzes und faßt die letzte negativ (nisi suspicionis causam non agendo rel.). Doch vielleicht liegt die Sache nicht so schlimm. In dem Satz nisi — removerunt ist das letzte Wort anstößig, wie Solazzi mit Recht betont, weil nicht die Mitvormünder die remotio anordnen, sondern die Richter. Es sei noch hinzugefügt, daß das 'removerunt' bei dem gleich folgenden 'moverunt' nicht sehr schön klingt. Aber auch nur dieses einzige Wort ist dort bedenklich, und durch die sicher nicht allzu kühne Konjektur remo(vendum postula)verunt ist das Bedenkliche beseitigt. Aber man wird auch mit dem 'removerunt' allein auskommen können, da dieses Wort in demselben Sinne (= removendum postulare) noch in C. 5, 43, 6 (Gordian) vorkommt. Behält man den Satz als echt bei, so ist er mit unserer These, daß man nur als suspectus removiert wird, völlig übereinstimmend. Daß 'per dolum aut culpam' zu suspectum gehört, wie Solazzi annimmt, ist durchaus nicht zwingend, es gehört vielmehr zu den Zeitwörtern removerunt und moverunt.[1]) Zum Verständnis der Stelle sind, was Solazzi schon notierte, D. 26, 7, 46 § 6 und 46, 6, 12 heranzuziehen und diese erheischen erst recht, daß man obigen Satz zu retten versucht.

Paul. Sent. 3, 6, 15 gibt Solazzi Anlaß, die Regel, daß man nur als suspectus removiert werden kann, als bereits zur Zeit des Wisigothischen Paulus feststehend und nicht erst als justinianische Erfindung zu betrachten.

[1]) Vgl. Bas. 38, 14, 2 und die dazu gehörenden Scholien (Heimb. III 780).

Wird aber nicht damit die Wahrscheinlichkeit jener langen Reihe von Interpolationen, die Solazzi annimmt und gegen die wir hier ankämpften, erschüttert, da die Konsequenz. mit welcher jene Interpolationen angeblich durchgeführt wurden, nur dann erklärlich wäre, wenn es sich um einen von den Kompilatoren erfundenen Grundsatz gehandelt hätte? Mit unserer Auffassung ist aber die Stelle gut vereinbar. Sie gibt auch eine Grundlage zur Rekonstruktion der Stelle D. 48, 10, 18 § 1, in der vor der Verarbeitung durch die Kompilatoren nicht mehr und nicht weniger stand, als in Paul. 3, 6, 15.[1]) Und so steckt m. E. in dem Satz 'etsi suspectus esse praesumitur' ein echter Kern (suspectus), der in der kompilatorischen Bearbeitung mit dem praesumitur ausgestattet wurde, um einen Vordersatz für das nachfolgende tamen zu bilden. Damit wird auch unsere Stellungnahme zu den Ausführungen Solazzis S. 269 f. gekennzeichnet.

XII. Einige Schlußbetrachtungen seien hier noch gestattet. Zweck obiger Untersuchung, die aus der kritischen Prüfung der neusten Versuche auf dem Gebiete der Lehre vom tutor suspectus ausging und daher vorwiegend polemischer Natur ist, war es, nur die Grundzüge dieser Lehre in klassischer Zeit zu zeichnen. Es war durchaus nicht beabsichtigt worden, eine alle Detailfragen umfassende Gesamtdarstellung zu geben. In den hier nicht behandelten Details wird übrigens die Lösung keine weiteren Schwierigkeiten bereiten, insoweit sie von dem Standpunkt, den man in den Grundfragen einnimmt, abhängt und überhaupt auf Quellengrundlage möglich ist, da ja diese, für einzelne Fragen, wie z. B. das Verfahren, versagt. Ich hoffe gezeigt zu haben, daß die neusten Darstellungen einer sachlichen Kritik nicht standhalten und habe eine eigene Auffassung zu begründen versucht, die, wenn auch nicht erschütternd durch die Neuartigkeit der Ergebnisse und die Reichhaltigkeit der

[1]) Dies gegen Solazzi S. 270. — Zu beachten ist, daß Paulus im Gegensatz zu anderen Klassikern adfectare ad gebraucht (so auch Sent. cit.), vgl. Vocab. s. h. v. I, 202 l. 51 sqq.

Interpolationenvermutungen, den Quellen gerecht werden wollte ohne ihnen Gewalt anzutun. Diese kritische Studie wollte vielmehr zeigen, daß der Anteil Tribonians und Genossen in der Lehre vom tutor suspectus viel kleiner ist, als die beiden jüngsten Bearbeitungen dieser Lehre, insbesondere aber jene Solazzis, auf die es mir bei diesen Schlußbetrachtungen hauptsächlich ankommt, annehmen. Er beschränkt sich vielmehr lediglich auf Nebenfragen, und die nur gelegentlich und gewohnheitsmäßig geschehenen Eingriffe vermochten nicht, das klare und von strenger Logik und vorbildlicher Einfachheit beherrschte Bild des klassischen Rechts zu verwischen. Es ist auch nicht einzusehen, warum dieses einfache und klare Bild eine durch die Kompilatoren schärfer ausgearbeitete Schöpfung der nachklassischen Periode[1]) sein sollte und nicht schon ein Werk der Klassiker sein konnte. Gerade das, was Solazzi an seiner Stelle den Klassikern zuschiebt, die zwei postulationes[2]) und die zwei verschiedenen remotiones, ist gezwungener und komplizierter, abgesehen davon, daß von einer solchen Lehre keine Spur in den Quellen zu finden ist. Deshalb war diese Studie mehr auf Verteidigung einer Reihe von Stellen gegen unbegründete Verdächtigungen, als auf Anfechtung unangefochtener Stellen gerichtet. Sollten aber diese Ausführungen Zustimmung finden, so ist gezeigt, daß es verfehlt ist, in jedem Institut des justinianischen Rechts gleich von vornherein eine Umgestaltung des klassischen Rechts zu vermuten und daraufhin den Triboniani Interpolationen aufzudrängen, da es wohl auch manches Detail im großen Bau des klassischen Rechts gab, das so lebenskräftig geregelt war, daß es einer Übertünchung durch die Kompilatoren nicht bedurfte und auch nicht erlag. Deshalb muß auch die Vorstellung, von der manche neuste romanistische Untersuchungen auszugehen scheinen, daß der innere Wert lediglich nach der Masse der darin zum erstenmal entdeckten Interpolationen zu bemessen ist, aufgegeben werden.[3]) Besonders gefährlich ist es aber für den Fort-

[1]) Vgl. oben S. 90f. [2]) Vgl. oben S. 42f.

[3]) Vgl. meine früheren Bemerkungen zu dieser Frage in der Krit.

gang der romanistischen Forschung, wenn es zur Methode werden sollte, daß man auf einen bestimmten, von vornherein gefaßten Gedanken hin die Quellen bearbeitet und was zu dem Gedanken nicht paßt, als interpoliert bezeichnet. Man gelangt dadurch freilich zu einer Menge neuer Interpolationsentdeckungen, die mit großer Konsequenz[1]) vorgetragen, auf den ersten Blick plausibel und bestechend scheinen und gleich Anhänger finden können; in der Wahrheit fällt aber oft der schöne Bau bei kritischer Prüfung in Trümmer, da seine Fundamente spröde und gebrechlich sind. Ein Beispiel dieser Methode sahen wir an der Theorie Solazzis vom tutor suspectus. Erfreulicherweise bildet aber dieses Kapitel nur einen bescheidenen Teil des verdienstlichen und ergebnisreichen Werkés und der mißlungene Anhang gefährdet in keiner Weise seine Bedeutung für den Fortschritt der Lehre von der römischen cura minorum. Die Gefahr einer solchen Methode liegt aber darin, daß es wahrlich keine Schwierigkeit ist, mit ihrer Hilfe ganze Institute und Rechtssätze aus dem klassischen Recht verschwinden zu lassen: man braucht nur geschickte Einschnitte an den einschlägigen Stellen durchzuführen, und ich glaube mich keiner Übertreibung schuldig zu machen, wenn ich behaupte, daß auf diese Weise jeder Grundsatz, mag er auch zwanzigmal in den Quellen ausgesprochen worden sein, hinweginterpoliert werden kann, geschweige denn solche, die weniger häufig vertreten sind. Vor einer solchen Behandlung der Quellen kann daher nicht eindringlich genug gewarnt werden.

Korrektur-Nachtrag zu S. 88 bei N. 1 Die Interpolation des magis-Satzes scheint zweifellos Riccobono, der mich in einem anregenden Gespräch nach dem Studium dieses Aufsatzes darauf verweist, daß der kompilatorische Eingriff, der eine entgegengesetzte Entscheidung

---

Vierteljahrsschrift 1912, S. 444, mit denen ich nicht vereinzelt dazustehen glaube.

[1]) Freilich läßt man dabei noch einige Stellen heil zurück, die notwendigerweise auch interpoliert sein müßten, wenn die anderen Interpolationen richtig erkannt wurden — die Stellen sind eben unangreifbar, vgl. für unsere Lehre oben S. 49, 54, 58.

(non desinit esse tutor) und vielleicht auch die adiunctio eines curator dem mit dem gerere prohibere getroffenen Tutor verdrängte, von der Tendenz ausging, die die Umwandlung der klassischen Tutel in justinianischer Zeit beherrschte: sie wurde ein munus, das der magistratischen Gewalt gänzlich unterworfen war. So wurde auch das einfache gerere prohibere einer Absetzung gleichgestellt (desinit esse tutor), was nach klassischem Recht sicher nicht der Fall war, man denke etwa den Fall eines tutor legitimus.

III.

Fr. 63 D. 41, 1
(Zur Lehre vom Schatzerwerb).

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**

in Kiel.

Das Tryphoninfragment, dem ich im folgenden einen kritischen Kommentar widmen will, ist, soweit ich sehe, bisher von den Auslegern ziemlich wenig beachtet worden.[1]) Das ist auch durchaus begreiflich; denn rein sachlich betrachtet sind die Ausführungen unsrer Stelle ohne besonderes Interesse, die Rechtssätze, die hier vorgetragen werden, würden wir auch ohne Beleg aus den uns bekannten klassischen Prinzipien haben ableiten können. Für den Interpolationenforscher ist die Stelle gleichwohl interessant genug: sie gehört zu denen, die durch Glosseme und Interpolationen ganz besonders stark umgestaltet worden sind, und solche Stellen sind immer lehrreich. Ich glaube, daß es möglich ist, den echten Text des Tryphonin

[1]) Von älteren Arbeiten ist allein die Glosse lesenswert. Ohne Wert De Man, De Thesauro bei Oelrichs, Thes. Diss. Vol. 1 Tom. 2, 327ff. und Köchy, Civilist. Erörterungen 1 (1797) S. 228f. Von den Neueren hat Salkowski (Die Lehre vom Sklavenerwerb 1891 S. 4ff. und S. 120ff.) wenigstens die ersten drei Paragraphen einer etwas eingehenderen Erörterung gewürdigt. Nichts Auffälliges findet in der Stelle Czyhlarz bei Glück, Serie der Bücher 41, 42 1, 238.

wenigstens in der Hauptsache und dem Inhalte nach wiederherzustellen.

Ich lasse zunächst den überlieferten Text folgen und stelle ihm die Rekonstruktion gegenüber, die ich im folgenden wahrscheinlich machen will.

Tryphoninus libro septimo disputationum.

Überlieferung.	Rekonstruktion.
Si is qui in aliena potestate est thensaurum invenerit, in persona eius cui adquirit hoc erit dicendum, ut, si in alieno agro invenerit, partem ei adquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit, si autem in alieno pars.	Si is qui in aliena potestate est thensaurum invenerit, hoc erit dicendum, ut, si in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit, si autem in alieno pars.
§ 1.	
Si communis servus in alieno invenerit, utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret? et simile est atque in hereditate vel legato vel quod ab aliis donatum servo traditur, quia et thensaurus donum fortunae creditur, scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat.	Si communis servus in alieno invenerit, simile est atque in hereditate vel legato, scilicet ut pars, quae inventori cedit, ad socios, pro qua parte servi quisque dominus est, pertineat.
§ 2	
Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, de parte, quae soli domino semper cedit, non est dubium, quin solius domini praedii sit: verum an aliquid ex parte ferat alter socius, videndum est, et numquid	Si communis servus in domini unius fundo proprio invenit, de parte, quae soli domino semper cedit, non est dubium, quin solius domini praedii sit.

simile sit, atque cum stipulatur servus iussu unius domini aut per traditionem aliquid accipit vel nominatim alteri: quod magis dici poterit.

§ 3.

Quod si servus in quo usus fructus alienus est, invenerit in eius locum, qui servum proprium habet, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem adquirat an vero fructuario? inspectio in illo est, num ex operis servi adquiratur. finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuari esse: quod vero subito in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit. ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror. nemo enim servorum opera thensaurum quaerit nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit. itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo propietas est, pertinere.

Quod si servus, in quo usus fructus alienus est, invenerit in loco fructuarii, an totum illius sit? et si in alieno, an partem eidem adquirat? ego, si in alieno inverit, ad fructuarium non pertinere partem arbitror. nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo proprietas est, pertinere.

§ 4.

Quod si creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse: partem itaque sibi,

Quod si creditor in agro fiduciae dato invenerit, in suo videbitur invenisse: to-

partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thensauro apud eum remansit.

quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, intra constitutum luendi tempus pignoris causa vertitur: post transactum autem tempus thensaurum in eo inventum ante solutam pecuniam totum tenebit. oblato vero intra constitutum tempus debito, quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.

tum itaque adquiret, sed recepta pecunia restituet, quod iure creditoris, non inventoris apud eum remansit.

quae cum ita sint, et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii, thensaurum in eo inventum totum adquiret. oblato vero intra annum debito, restitui debebit, sed pro parte sola, quia dimidium inventori semper placet relinqui.

Principium.

Inhaltlich ist das, was im pr. vorgetragen wird, durchaus klar und klassisch: der Gewaltunterworfene erwirbt auch beim Schatzfund für seinen Gewalthaber; findet er also auf dem Grundstück des Gewalthabers, so erwirbt er diesem den ganzen Schatz, sonst einen Teil (die Hälfte). Daß aber formell die Stelle nicht in Ordnung ist, sieht man auf den ersten Blick[1]): der Fall des Schatzfundes auf fremdem Grund und Boden ist ja doppelt behandelt, die

[1]) Die Vulgatdrucke des 15. und 16. Jahrhunderts weisen einen von der Florentina wesentlich abweichenden Text auf: Si is qui in aliena potestate est, thesaurum invenerit, an personae eius in cuius est potestate acquirit? hoc erit dicendum, ut si in alterius agro invenerit, partem ei acquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit: sin autem in alieno, pars domino acquiratur. Es handelt sich offenbar um Bologneser Konjekturen; siehe auch Seite 98 Note 2.

eine Entscheidung dieses Falles muß also auf alle Fälle gestrichen werden, es frägt sich nur, ob die erste oder die zweite. Haloander, dem Mommsen folgt, wollte die zweite streichen, nämlich die Schlußworte „si autem in alieno pars", wohl deshalb, weil man damit in den Text verhältnismäßig wenig eingreift.[1]) Trotzdem ist diese naheliegende Vermutung m. E. falsch. Gerade die zweite Entscheidung ist tadellos stilisiert, „si autem in alieno pars" korrespondiert mit „illius totus sit". Dagegen ist die erste Entscheidung stilistisch ungemein ungeschickt: „partem ei adquirat": wem erwirbt er? aus dem Vorangehenden muß man ergänzen: „ei cui adquirit", wodurch herauskommt: er erwirbt dem, dem er erwirbt! Die Vulgaten haben diesen Unsinn offenbar erkannt und daher den Text radikal geändert.[2]). Diese erste Entscheidung ist also die anstößige und muß daher fallen. Sie ist eine Glosse zu dem Text „si autem in alieno pars", der dem Glossenschreiber zu kurz erschien und den er deshalb paraphrasierte.

Ein Glossem sind ferner wohl auch die Worte „in persona-adquirit". Sie sind überflüssig; aber auch schief; man kann sie nur übersetzen: „bezüglich der Person des Erwerbers ist folgendes zu sagen"; im folgenden wird aber gar nicht die Frage: wer erwirbt? behandelt, sondern vielmehr die Frage: was erwirbt der Gewalthaber? —

§ 1.

Der § 1 behandelt den Schatzfund des im Miteigentum stehenden Sklaven. Die Entscheidung ist, wie die des pr. gut klassisch: die Miteigentümer erwerben die dem

---

[1]) Auch die Basiliken haben entsprechend geändert; Bas. (50, 1) 59 (Heimb. 5, 45): Si servus meus aut filius thesaurum invenerit si quidem in alterius agro partem: si vero in meo totum mihi acquirit.

[2]) Siehe den Text S. 97 Note 2. Der Verfasser dieses Textes bezog offenbar den Schlußsatz „pars domino acquiratur" auf den Grundeigentümer (sonst hätte er ja domino vel patri sagen müssen) und beseitigte so die Duplizität der Entscheidungen. Die Glosse sucht umgekehrt dadurch zu helfen, daß sie die Worte „partem ei adquirat" auf den Grundeigentümer bezieht (Gl. Partem ei: in cuius agro invenit) und die Schlußworte „pars domino acquiratur" auf den Gewalthaber (Gl. Pars domino: vel patri quaeritur). Beide Auslegungen sind unannehmbar.

Finder zufallende Quote nach dem Verhältnis ihrer Eigentumsanteile. Aber auch hier lassen sich m. E. zwei Glosseme erkennen. Verdächtig ist zunächst die Fragestellung: „utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret?" Bereits Salkowski meinte, „es könnte stutzig machen, daß der Jurist die Frage aufwerfe, ob etwa der Erwerb zu gleichen Teilen ohne Rücksicht auf die Miteigentumsanteile erfolge; denn es sei nicht einzusehen, wie der Jurist auch nur auf den Gedanken kommen könne, von dem Prinzip des Erwerbs nach Eigentumsanteilen abzuweichen und eine Verteilung zu gleichen Teilen überhaupt für diskutabel zu erachten".[1]) Nach unsern heutigen Forschungsregeln ist dieses sachliche Bedenken gegen die Fragestellung ein Indiz für ihre Unechtheit. Stilistisch zu bemängeln ist, daß zu „adquiret" das dringend erforderliche „dominis" fehlt.

Noch deutlicher ist das zweite Glossem zu erkennen. Die Worte vel quod – creditur sind aus folgenden Gründen verdächtig: 1. Die Ellipse von „eo" ist unschön: „in hereditate vel legato vel (eo) quod ... donatum servo traditur"; der Klassiker würde wohl einfach „donatione" geschrieben haben. 2. Der unjuristische Gedanke, den Schatz deshalb mit der Schenkung gleich zu stellen, weil er ein donum fortunae ist, paßt in einen Rhetorenaufsatz, nicht aber in eine Juristenschrift. 3. Der quia-Satz begründet in unserer Überlieferung das gesamte Vorhergehende, also auch die These simile est atque in hereditate vel legato; es steht also da: der Schatzfund werde wie der Erwerb aus Erbeinsetzung und Legat behandelt, weil auch der Schatz ein donum fortunae sei. Natürlich ist das Unsinn; der Erbschafts- und Vermächtniserwerb ist sicherlich kein donum fortunae[2]); der quia-Satz soll sich nur auf die Parallele mit der Schenkung beziehen. Aber selbst wenn wir diese beschränkte Beziehung des Begründungssatzes subintellegieren wollten, bliebe doch

[1]) Salkowski 4.

[2]) Richtig schon Gl. Donum fortunae: sed certe legatum et hereditas non sunt omnimodo donum fortunae. Auch der Cod. Rhedigeranus hat das törichte „et" gestrichen. (Gebauer-Spangenberg Note 71.)

der Text inkorrekt: „der Schatz wird wie die Schenkung behandelt, weil auch der Schatz ein donum fortunae ist"; auch dieser Satz ist sinnlos, denn die Schenkung ist kein donum fortunae; es müßte etwa dastehen: quia et thensaurus donum est scilicet fortunae. 4. Überhaupt ist aber die ganze Heranziehung der Schenkung sachlich verfehlt. Wenn man schon einmal den Erwerb des Sklaven durch Rechtsgeschäft erwähnt, so ist nicht einzusehen, warum gerade die Schenkung herausgehoben werden sollte: auch was der Sklave durch Kauf erwirbt, fällt den Sklaveneigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile zu. Unser Text will offenbar sagen: der Schatzerwerb wird wie der Erwerb aus Erbschaft, Vermächtnis oder Schenkung behandelt, denn überall liegt ein unentgeltlicher Erwerb vor; doch diese Argumentation ist verfehlt, denn auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit kommt es bei der ganzen Frage überhaupt nicht an. Tryphonin hatte wohl mit gutem Bedacht nur den Erbschafts- und Vermächtniserwerb herangezogen und den Erwerb durch Rechtsgeschäfte des Sklaven ganz beiseite gelassen, er wollte anscheinend folgendes sagen: der Schatzfund des Sklaven fällt (zur Hälfte) stets den Miteigentümern pro parte zu, niemals einem der Miteigentümer allein; darin ähnelt der Schatzerwerb dem Erwerb aus einer Erbeinsetzung des gemeinschaftlichen Sklaven oder aus einem ihm ausgesetzten Vermächtnisse: auch hier fällt jedem Herrn stets nur eine Quote an. Den Erwerb durch Rechtsgeschäfte des Sklaven durfte der Jurist natürlich dann nicht erwähnen, denn hier fällt der Sklavenerwerb z. B. bei nominatio unius domini allein einem der Miteigentümer zu. Der Glossenschreiber verstand diesen feinen Gedanken Tryphonins nicht mehr, wie ja schon seine erste Glosse, die Frage „utrum pro dominii partibus an semper aequis adquiret?" zeigte: nach dem soeben bemerkten fragte sich Tryphonin, ob der Schatzfund den Miteigentümern stets nach Verhältnis ihrer Quoten zufalle, oder unter Umständen einem von ihnen ganz und allein. Bei so zahlreichen Unechtheitsindizien ist der kritische Satz nicht zu halten. —

§ 2.

Die Erörterung des Schatzerwerbes durch den gemeinschaftlichen Sklaven wird im § 2 fortgeführt: wie, wenn der Sklave auf dem Grundstück eines seiner Herren gefunden hat? Der Jurist meint, es sei selbstverständlich, daß der Grundeigentümer zunächst einmal die Hälfte als Grundeigentümer erhalte; was mit der andern Hälfte wird, braucht er nicht mehr zu erörtern, das ergibt sich ohne weiteres aus seiner Entscheidung im § 1: sie gehört den Eigentümern nach Verhältnis ihrer Anteile, der Grundstückseigentümer partizipiert daher auch noch an dieser andern Hälfte. Wiewohl sich aber die Entscheidung über die pars quae inventori cedit, schon aus dem § 1 ergibt, wird doch diese Frage noch einmal in der zweiten Hälfte des § 2 aufgenommen und überraschenderweise ganz anders entschieden, als man es nach den Ausführungen des § 1 erwarten möchte. Der Sinn des Schlusses des § 2 (verum an – poterit) kann nämlich kein anderer sein als der: findet der gemeinschaftliche Sklave auf dem Grundstücke eines seiner Herrn, so erhält der Grundeigentümer den ganzen Schatz allein, ebenso wie er aus Rechtsgeschäften des gemeinsamen Sklaven allein erwerben würde, wenn er den iussus zu dem Geschäfte erteilt oder der Sklave nominatim das Geschäft auf ihn gestellt hätte.[1]) So haben bereits die Byzantiner die Stelle verstanden.[2]) Schon die Glosse hat aber mit Recht an dieser sonderbaren Entscheidung Anstoß genommen[3]); sie widerspricht unsrer sonstigen Überlieferung, insbesondere dem auch von Gaius berichteten[4]) Ausspruch Julians:

---

[1]) So auch Salkowski 5

[2]) Bas. (50, 1) 59 (Heimb. l. c.) Quodsi in agro unius dominorum invenerit, domini agri erit, sicut si nomine eius stipulatus vel nactus quid fuerit.

[3]) Gl. Quod magis dici poterit: ut ei soli acquiratur secundum quosdam. Vel legas interrogative, ut postea dicas medietatem medietatis acquiri alteri, quod videtur habere rationem secundem Al(bericum). Vel dic, referri non ad proximum, sed superius „an aliquid etc." et est idem sensus.

[4]) D. (41, 1) 45.

D. (10, 3) 24 pr.

Communis servus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilo minus commune id erit.

Warum von diesem Grundsatze beim Schatzfunde eine Ausnahme gemacht werden soll, ist ganz unverständlich. Bereits Salkowski nahm daher an, die Kompilatoren müßten vor oder nach dem Satze „quod magis dici poterit" Ausführungen gestrichen haben, in denen der Jurist seine Entscheidung auf einen Fall einschränkte, in dem der Grundeigentümer dem Sklaven „diejenige Arbeit aufgetragen hatte, die zur Auffindung des Schatzes führte oder sie gar bezweckte."[1]) Diese Vermutung ist indessen sehr unwahrscheinlich. Wenn der Grundeigentümer an einem Punkte seines Grundstücks einen Schatz vermutete, den Sklaven zum Graben veranlaßte, und nun der Schatz wirklich gefunden wurde, so wird man schwerlich noch von einem Funde des Sklaven reden dürfen; der Sklave ist hier unselbständiges Werkzeug des Eigentümers. Hatte der Eigentümer dem Sklaven aber nicht gerade das Schatzgraben aufgetragen, sondern irgend eine andere Arbeit, bei deren Ausführung der Schatz zufällig gefunden wurde, so bliebe die Parallele mit dem Erwerb iussu domini genau so unverständlich wie in allen andern Fällen, denn auf den Schatzerwerb richtete sich der iussus nicht. Vor allem aber spricht gegen Salkowski, daß das, was die Kompilatoren nach seiner Ansicht von der angeblich klassischen Erörterung stehen gelassen haben, in formeller Hinsicht gar so deutlich die ungeschickte Hand eines Interpolators verrät: 1. Die Alternative, zwischen der sich die kritische Ausführung entscheiden will, ist formuliert „videndum est, an.... et numquid"; ob — oder heißt aber bekanntlich utrum — an, nicht aber an — et numquid. 2. Die Worte „vel nominatim alteri" hinken unerträglich nach. Schon Mommsen wollte durch Streichung des „vel" helfen; aber abgesehen von dem Fehlen einer handschriftlichen Grundlage würde der Text dadurch inkorrekt werden, indem (unverständlicherweise) dann der iussus auf die Stipulation, die Nominatio auf die

---

[3]) Salkowski 7.

Tradition beschränkt würde.[1]) Bereits Salkowski erklärte es für „nicht ausgeschlossen" daß diese Worte ein Glossem seien.[2]) 3. „an aliquid ex parte ferat alter socius". Den Sinn dieser Worte kann man nur erraten: korrekt müßte es entweder heißen „an aliquid ex parte quae inventori cedit ferat alter socius[3])", oder aber „an aliquid ex parte ferat altera socius".[4])

Hält man diese stilistischen Mängel zusammen mit der sachlichen Bedenklichkeit, ja Unverständlichkeit der ganzen Entscheidung, so muß die Streichung des kritischen Schlußsatzes als gerechtfertigt erscheinen; wahrscheinlich haben ihn die Kompilatoren im Anschluß an eine alte Glosse eingefügt. —

§ 3.

Der § 3 erörtert den Schatzerwerb durch den servus fructuarius; wer erwirbt die dem Finder gebührende Quote, der Nießbraucher oder der Eigentümer des Sklaven? Der Text gibt zunächst an, worauf bei der Beantwortung dieser Frage abzustellen sei, nämlich num ex operis servi adquiratur; entsprechend wird auch entschieden: die Finderquote gebühre dem Nießbraucher, wenn der Sklave den Schatz bei der Arbeit gefunden habe, sonst dem Eigentümer des Sklaven. Sofort wird aber diese Entscheidung wieder umgestoßen, und dem Nießbraucher stets die Finderquote abgesprochen: nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. Die Fortsetzung dieses Begründungssatzes aber (nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat) erweckt den Anschein, als ob die Entscheidung abermals geändert würde, dahin nämlich, daß die Finderquote dem Nießbraucher gebührt, wenn die Arbeit des Sklaven gerade auf das Schatzsuchen gerichtet war. Der Schluß des Paragraphen freilich der vom Schatzfund auf dem Grundstücke des Nießbrauchers handelte, spricht wieder schlechtweg dem Nießbraucher die Finderquote ab. Schon dieses unschlüssige Hin- und Her-

---

[1]) So richtig Salkowski 5 Note 6. [2]) A. a. O.
[3]) Konjektur Salkowskis Seite 4 Note 5.
[4]) Konjektur Mommsens.

schwanken macht die Erörterung verdächtig; zahlreiche andere Indizien kommen hinzu und weisen auf die Überarbeitung auch dieses Paragraphen.

1. „Finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur". Das „ut" schwebt ganz in der Luft, es müßte dastehen „hoc casu dicendum est" oder „hoc casu dicat quis". 2. Zu „fructuarii esse" fehlt das Subjekt (partem quae inventori cedit), in dem überlieferten Text müßte man „quod invenit" ergänzen, davon aber, daß beim Fund auf einem dem Nießbraucher nicht gehörenden Grundstück (und auch von diesem Fall handelt die Entscheidung) der ganze Schatz (nicht nur die Finderquote) dem Nießbraucher zufallen sollte, kann natürlich gar keine Rede sein. 3. Bei „quod vero" geht die Konstruktion vollends verloren; dieser Satz müßte von „dicatur" abhängen und im Acc. c. I. stehen, statt dessen ist er von „ut" abhängig gemacht: „ut hoc dicatur fructuarii esse: quod vero... invenit, proprietatis domini sit". 4. Die Phrase „nihil agens sed aliter ambulans" enthält einen zweifellosen starken Graezismus; „aliter" steht hier nicht in der Bedeutung von „anders", sondern von „temere, ohne besonderen Zweck, so für sich hin". In dieser Bedeutung kann aber „aliter" gar nicht gebraucht werden, wohl dagegen das griechische ἄλλως[1]); bereits Jensius[2]) und E. Th. Schulze[3]) haben auf den Graezismus aufmerksam gemacht. Man darf dieses Interpolationsindiz auch nicht durch den Hinweis darauf abschwächen, daß Tryphonins Sprache sich auch sonst — wie man aus andern Stellen ersehe — von Graezismen nicht frei halte[4]); die Entgleisung ist hier ungewöhnlich schwer, das Vokabularium[5]) notiert für diesen Gebrauch des Wortes „aliter" nur diese

---

[1]) Siehe die Wörterbücher: Stephanus Thes. 1, 1555 sub D., Pape, Griech.-Deutsch. HandWB. ad h. v.

[2]) Stricturae (Rotterd. 1749) S. 423: Palam ex Graeco parum Latine versum hic legimus: Graecum „ἄλλως" saepe notat „forte, temere", id quod hic requiritur, at Latinum „aliter" notat „alio modo".

[3]) Vocab. Iur. Rom. 1, 364 Zeile 5, SavZ. 12, 129.

[4]) So Kalb, Roms Juristen 122f., Krüger, Gesch. der Quellen (2. Aufl.) 225 Note 86. [5]) A. a. O.

eine Stelle, der Thesaurus[1]) überhaupt keine. Derartig grobe Graezismen aber sind m. E. sonst Tryphonin nicht nachzuweisen, was Kalb an solchen notiert hat, kommt auf Rechnung der Kompilatoren.[2]) — Ganz besonders bedenklich ist der Satz „nec eapropter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit". Zunächst 5. fällt hier der Subjektwechsel auf: „nemo enim servorum opera thensaurum quaerit nec (servus)... fodiebat; man vermißt das fehlende Wort „servus" um so mehr, als im vorangehenden von „servorum opera" (nicht servi opera) die Rede war. 6. Das „tunc" hat gar keine Beziehung. Die Entscheidung ergeht ganz abstrakt: „der Nießbraucher erhält die Finderquote nicht, denn niemand erwirbt servorum opera einen Schatz"; man kann jetzt unmöglich, wie es der Text tut, fortfahren: „und damals grub ja auch der Sklave nicht deswegen". Der überlieferte Text tut so, wie wenn ein konkreter Fall entschieden worden wäre, aus dessen Tatbestand hervorginge, daß der Sklave kein Schatzgräber gewesen ist. Korrekt müßte es heißen: nemo servi opera thensaurum quaerit, si servus non ut thensaurum inveniret terram fodiebat, sed... 7. Auch eapropter hat keine Beziehung zum vorhergehenden; seine Bedeutung kann man nur erraten. 8. Der Satz ist schließlich auch inhaltlich verkehrt. Wie wenn wirklich der Sklave nach dem Schatze gesucht hatte? Nach unserm kritischen Satze müßte dann dem Nießbraucher die Finderquote zufallen, das aber wäre sicher falsch, wenn der Fund auf einem dem Nießbraucher nicht gehörenden Grundstücke geschah (und auch diesen Fall behandelt und entscheidet unsere Stelle), denn nach

---

[1]) Thes. 1, 1653ff.

[2]) Ein grober Graezismus ist D. (49, 15) 12, 2 Iuliani sententia sequendum est, aber der Satz ist unecht (Krüger zdSt.). Unecht ist diese Konstruktion auch bei Paulus D. (24, 3) 45 (Krüger). Auch der Gebrauch von inspectio = quaestio, den Kalb Tryphonin zum Vorwurf macht, tritt nur in interpolierten Stellen auf: D. (16, 3) 31 (interpoliert Pernice Labeo 2, 1 S. 171 Note 1); (41, 1) 63, 3 (interpoliert siehe oben Text). Auch (49, 15) 12, 9 ist, wie überhaupt das ganze Fragment, stark überarbeitet. Justinian gebraucht inspectio in diesem Sinne in C. (6, 51) 1, 10.

I. (2, 1) 39 erhält der Finder beim Schatzgraben auf fremdem Grund und Boden nichts. Schon Placentin und Rogerius haben auf diesen sachlichen Fehler unseres kritischen Satzes aufmerksam gemacht.[1])

Aus allen diesen Gründen müssen die Sätze inspectio – sit und nec eapropter – dedit gestrichen werden; was Tryphonin geschrieben hat, kann nicht wohl zweifelhaft sein. Der Nießbraucher eines Grundstücks erhält von dem Schatz, den er darin findet, nichts, weil der Schatz nicht zu den Früchten gehört[2]); Früchte sind nach römischem Recht eben nur die Erträge die das Grundstück seiner wirtschaftlichen Bestimmung gemäß gewährt, die regelmäßigen Erträge, und dazu gehört der Schatz natürlich nicht.[3]) Der Nießbraucher eines Sklaven hat ein Recht auf die fructus servi, fructus hominis in operis consistit,[4]) der Nießbraucher hat also ein Recht auf den regelmäßigen, normalen Ertrag der Sklavenarbeit, der vom Sklaven gefundene Schatz gehört dazu nicht. Tryphonin wird also einfach dem Nießbraucher schlechthin den Finderanteil abgesprochen haben, mit der Begründung: nemo servorum opera thensaurum quaerit, der Schatzfund ist kein (ordentlicher) Ertrag der Arbeit[5]), und nur auf diesen hat der Nießbraucher Anspruch.

Mit den durch die bisherige Erörterung gerechtfertigten Strichen ist aber die Rekonstruktion unsers Paragraphen keineswegs vollendet; schon die Worte „nec illius" sind zu eng mit dem vorangehenden als unecht erwiesenen Satze verknüpft. Der von der bisherigen Untersuchung

---

[1]) Gl. Aliud dedit: Quid ergo si propterea fodiebat iussu usufructuarii? dicit P. et R. idem, quasi hoc non liceat. quod est falsum: immo licet in suo. Der Einwand des Accursius schlägt nicht durch, da die Entscheidung sich eben nicht auf das Schatzsuchen auf dem Grundstück des Nießbrauchers beschränkt.

[2]) Windscheid, Pand. 1 § 203 Note 5.

[3]) D. (24, 3) 7, 12: ... si thensaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur. [4]) D. (7, 7) 4.

[5]) Wenn Tryphonin die Kausalität zwischen opera und Schatzerwerb bestreitet, so kann er dabei nicht wohl etwas anderes gedacht haben als: die Arbeit ist nicht die Ursache des Schatzfundes, weil dieser nicht das normaler Weise zu erwartende Resultat der Arbeit ist.

unberührt gebliebene Teil unsers § 3 enthält aber auch noch mancherlei Anstößiges. 1. Die Worte „an vero fructuario" sind offenbar nachträglich angeflickt, denn wenn man die Alternative: erwirbt der Eigentümer oder der Nießbraucher? beim Fund in alieno stellt, so muß man sie auch beim Fund auf dem Grundstück des Sklaveneigentümers stellen. Die erste Frage müßte also lauten: utrum totum illius sit an vero pars fructuarii; die Alternative nur im zweiten Falle zu stellen ist stilistisch ungeschickt. Diese Worte dürften also zunächst einmal zu streichen sein. 2. Nach dieser Korrektur würde dann die Fragestellung lauten: erwirbt der Sklaveneigentümer beim Fund in suo den ganzen Schatz, beim Fund in alieno einen Teil (die Finderquote)? Die Antwort lautet: der Nießbraucher erhält keinen Teil. Gewiß werden ja mit dieser Antwort die aufgestellten Fragen beantwortet, stilistisch aber ist es wiederum ungemein ungeschickt, die Frage für den Eigentümer aufzuwerfen und für den Nießbraucher zu beantworten. 3. „in eius locum qui servum proprium habet". Selbst wenn wir locum in loco verbessern, bleibt die Bezeichnung des Sklaveneigentümers sehr ungeschickt; es sollte dastehen: in eius loco cuius in servo proprietas est. 4. Der Text behandelt zunächst zwei Fälle: Fund auf dem Grundstück des Sklaveneigentümers und Fund in alieno, d. h. also auf einem Grundstück, das dem Sklaveneigentümer nicht gehört. Für beide Fälle wird entschieden: ad fructuarium pertinere partem non arbitror, eine Entscheidung, die offensichtlich falsch ist. Denn in dem zweiten Falle (Fund in alieno) steckt ja doch auch der Fall des Fundes auf einem Grundstück des Nießbrauchers, und hier ist es offenbar nicht wahr, daß der Nießbraucher am Schatze keinen Teil habe, denn er erhält als Eigentümer die Hälfte. Statt „partem" müßte „partem quae inventori cedit" dastehen: dieselbe liederliche Ausdrucksweise, der wir bereits im § 2 (ex parte statt ex parte quae inventori cedit) begegnet sind. Man wende auch nicht ein, der Fall des Fundes auf dem Grundstück des Nießbrauchers werde ja in dem folgenden (Schluß-) Satze des Paragraphen behandelt und richtig entschieden,

denn diese Entscheidung müßte, wenn das Vorangehende echt wäre, mit einem „freilich wenn" (sane si oder ähnlich) eingeleitet sein und damit deutlich die frühere zu weite Entscheidung einschränken. Statt dessen wird der Schlußsatz mit „itaque" angeknüpft, was geradezu unverständlich ist, denn die vorangehende Entscheidung sagt, wie soeben gezeigt, gerade das Gegenteil von dem, was dem „itaque" folgt: vorher wird gesagt, der Nießbraucher erhalte keinen Anteil am Schatze, jetzt wird ihm doch die Hälfte zugesprochen. Es bleibt also dabei, man muß „partem" im Sinne von „partem quae inventori cedit" verstehen, unzweifelhaft eine liederliche Ausdrucksweise.

Alle diese Momente weisen darauf hin, daß der echte Text wesentlich anders gelautet haben muß als unsere Überlieferung, es läßt sich, glaube ich, leicht erraten, wie. Die Entscheidung unsers Textes zeigt uns, daß Tryphonin bestimmte, was der Nießbraucher von dem Schatze zu bekommen hatte; also wird er auch die Frage für ihn, und nur für ihn aufgeworfen haben. Er wird gefragt haben: si servus invenerit 1. in loco fructuarii, an totum illius sit, 2. et si in alieno, an partem eidem adquirat. Er entschied nun zunächst den zweiten Fall und sprach hier dem Nießbraucher einen Anteil am Schatze schlechthin ab: ego si in alieno fundo invenerit, ad fructuarium non pertinere partem arbitror: nemo enim servorum opera thensaurum quaerit. Nunmehr wandte er sich zur Entscheidung des ersten Falles und konnte jetzt allerdings mit „itaque" fortfahren: beim Fund in alieno erhält der Nießbraucher nichts, daher erhält er beim Fund in suo nur die Eigentümerquote.

Nach alledem ist der klassische Text wie eingangs angegeben zu rekonstruieren. Was den Interpolator zu seinen Änderungen veranlaßte? Er vermißte wohl in der klassischen Vorlage das Gegenstück zum Fund in loco fructuarii nämlich den Fund in loco proprietarii und er korrigierte daher diesen Fall hinein.

§ 4.

Die Erörterung des Schatzfundes durch Sklaven wird im § 4 abgebrochen; behandelt wird nach dem überlieferten

Text der Schatzfund des Pfandgläubigers auf dem verpfändeten Grundstück. Dabei werden zwei Entscheidungen getroffen: 1. Findet der Pfandgläubiger auf dem Pfandgrundstück, so erhält er den dem Finder zukommenden Teil, den andern Teil hat er dem Eigentümer der Sache herauszugeben. 2. Hat der Pfandgläubiger auf Grund der impetratio dominii durch Zuschlag Eigentum an der Pfandsache erworben und findet er nun in ihr einen Schatz, so erwirbt er diesen zunächst ganz; die dem Eigentümer gebührende Quote muß er aber herausgeben, wenn der Verpfänder innerhalb der Lösefrist die Pfandsache auslöst. Diese Entscheidungen entsprechen zweifellos dem klassischen Recht, trotzdem bietet uns auch hier unsere Überlieferung eine starke Umarbeitung des klassischen Textes.

I. Betrachten wir zunächst die erste Entscheidung. Hier fällt dreierlei auf: 1. „si creditor invenerit". Es fehlt die Angabe des Fundortes, der doch gerade entscheidend ist; es müßte dastehen „si creditor in fundo pignori dato invenerit". 2. „partem sibi, partem debitori praestabit". Eine seltsame Ausdrucksweise: es soll gesagt werden, der Gläubiger behalte einen Teil für sich, dafür wird gesagt, der Gläubiger leiste an sich selber einen Teil. Es sollte dastehen „partem tenebit, partem debitori praestabit". 3. „nec recepta pecunia restituet, quod iure inventoris, non creditoris ex thensauro apud eum remansit". Auffällig sind die Worte „non creditoris"; sie verleiten zu folgendem Gedankengang: der Pfandgläubiger erwirbt die eine Hälfte des Schatzes iure creditoris, die andere iure inventoris; die erste muß er herausgeben, die zweite, die er iure inventoris non creditoris erwirbt, behält er definitiv. Dieser Gedankengang führt aber offenbar in die Irre: einen Schatzerwerb iure creditoris gibt es nicht, der Schatz fällt nicht in den Pfandnexus.[1])

Aber gerade diese unverständlichen Worte verraten uns m. E., wie der echte Text gelautet haben muß: dieser muß von einem Fall gesprochen haben, in dem wirklich

[1]) Windscheid, Pand. 1 § 226a Note 12.

ein Schatzerwerb iure creditoris möglich war, nämlich von der fiducia; findet der Gläubiger auf dem fiducia-Grundstück, so muß er den ganzen Schatz erhalten, die eine Hälfte iure inventoris, die andere iure creditoris, die letztere muß er natürlich nach Zahlung der Schuld zurückgeben. Tryphonin schrieb wohl: sie creditor in fundo fiduciae dato invenit; die Kompilatoren glaubten in-dato streichen zu dürfen und verursachten dadurch die oben bezeichnete Lücke. Die klassische Entscheidung mußte natürlich lauten: in suo videbitur invenisse, totum itaque tenebit; die Byzantiner durften das nicht stehen lassen und brachten dadurch das merkwürdige „partem sibi praestabit" in den Text. Schließlich wird die klassische Vorlage gelautet haben: sed recepta pecunia restituet, quod iure creditoris non inventoris apud eum remansit; die Kompilatoren glaubten den Satz erhalten zu können, wenn sie ihn in sein Gegenteil verkehrten: so kam das verräterische „non creditoris" in den Text.

II. Eine wesentliche Stütze erhält diese Vermutung noch durch die zweite Entscheidung unsers § 4; sie ist mit „quae cum ita sint" eingeleitet, wird also aus der ersten erschlossen. Nun betrachte man aber einmal die Schlußfolgerung etwas näher:

quae cum ita sint
  * et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit iure dominii

intra constitutum luendi tempis pignoris causa vertitur.

Es steht also da: „weil dies so ist (weil nämlich, nach dem überlieferten Text, der Pfandgläubiger nur die Finderquote erhält), so ist auch nach dem Eigentumszuschlag während der Lösefrist ein Pfandrechtsverhältnis vorhanden! Das ist barer Unsinn! Man mag das Rechtsverhältnis während der Lösefrist als pignoris causa bezeichnen, es ist aber doch nicht, wie der Text behauptet, deshalb vorhanden, weil beim Fund vor dem Eigentumszuschlag der Gläubiger nur die Finderquote erhält! Diesen Schluß kann Tryphonin nicht geschrieben haben. Nimmt man nun mit mir an, daß der Klassiker in der ersten Ent-

scheidung von der Fiducia handelte, so wird auch verständlich, wie die Verwirrung in den Text kommen konnte. Tryphonin verglich den Fund auf dem Fiducia-Grundstück, mit dem Funde auf dem Pignus-Grundstück, das dem Gläubiger auf Grund der impetratio dominii zugeschlagen worden war; in der Tat liegen ja auch beide Fälle vollkommen gleich: in beiden Fällen ist der Gläubiger Eigentümer, in beiden Fällen hat er aber revokables Eigentum, denn beidemal kann der Schuldner seine Sache auslösen. Nachdem der Jurist nun beim Fund in der Fiducia-Sache festgestellt hatte: „der Gläubiger erwirbt zunächst den Schatz ganz, muß aber, wenn der Schuldner zahlt, die Hälfte herausgeben", — konnte er jetzt allerdings fortfahren: „da dies bei der Fiducia so ist, so erhält auch beim Fund in der zugeschlagenen Sache der creditor zunächst den ganzen Schatz, auch hier muß er aber, wenn der Schuldner innerhalb der Lösefrist zahlt, die Hälfte herausgeben". Natürlich durften die Kompilatoren diesen Schluß nicht stehen lassen, er paßte gar nicht mehr, nachdem die Fiducia aus der ersten Entscheidung herausgestrichen war. Sie konnten die beiden Fälle ihres Textes nur in dem Sinne miteinander vergleichen: auch nach dem Eigentumszuschlag liegt während der Lösefrist noch ein Pfandverhältnis vor, es wird daher so verfahren wie in der ersten Entscheidung. Entsprechend haben sie, ungeschickt genug, interpoliert; sie unterbrachen zunächst den verräterischen klassischen Schluß durch die Worte „intra ... pignoris causa vertitur", und betonten am Schlusse noch einmal, wie die Parallelität der Fälle in ihrem Sinne zu verstehen sei: „quoniam universa praestantur atque in simplici petitore revocantur". Denn auch dieser Satz ist ganz sicher unecht: 1. Der „simplex petitor"! Mit diesem merkwürdigen Terminus soll der Schuldner des ersten Falles bezeichnet sein. Schon Fitting[1]) hat für den einfachen Kläger „creditor simplex" schreiben wollen (der Gläubiger vor dem Zuschlage), aber auch dann noch bleibt die Ausdrucksweise ungewöhnlich. 2. Das Wort „revocantur" schleift unerträglich nach, es könnte ganz

[1]) Siehe Mommsens Digestenausgabe.

fehlen. Bereits Mommsen hat den Fehler bemerkt und durch Konjektur heilen wollen (praestantur ea quae in simplici creditore revocantur). —

Schließlich sind noch zwei weitere unklassische Zusätze im § 4 zu notieren. Einmal ist „intra constitutum tempus“ für „intra annum“ wegen C. (8,33) 3 interpoliert.[1]) Ein altes Glossem sind ferner wohl die Worte „ante solutam pecuniam“[2]); ein unwissender Glossenschreiber entnahm offenbar aus den Worten „oblato vero debito“, daß es sich hier um den Fund nach Tilgung der Schuld handele und glaubte daher, daß in der vorhergehenden Entscheidung der Fund ante solutam pecuniam erörtert werde.

IV.

Die Lehre von den drei Momenten.

Von

Herrn Professor Dr. **Fritz Schulz**

in Kiel.

Nach der herrschenden Lehre muß die Erbeinsetzungsfähigkeit beim Erben in drei Momenten gegeben sein: 1. zur Zeit der Erbeinsetzung (der Testamentserrichtung); 2. zur Zeit des Berufungsfalles, bei unbedingter Erbeinsetzung also zur Zeit des Todes des Erblassers, bei bedingter zur Zeit des Eintritts der Bedingung; 3. zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft. Unfähigkeit des Erben zwischen dem ersten und zweiten Zeitpunkte ist unbeachtlich, wogegen zwischen dem zweiten und dritten die Erbfähigkeit ununterbrochen fortbestehen muß.[3])

---

[1]) So auch Lenel, Paling. Tryphonin 19 Note 4.

[2]) So auch Lenel a. a. O. Note 5.

[3]) Siehe Windscheid, Pand. 3 § 549; Dernburg, Pand. 3 § 59; Vangerow, Pand. 2 § 404 a. E. und § 429; Mühlenbruch bei Glück 39, 220ff.; Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts 1, 43ff.; Koeppen, System 313, Lehrb. 65; Vering, röm. Erbrecht 273; Girard, Manuel (5. ed.) 819; Bonfante, Istituzioni (5. ed.) 552.

Für das justinianische Recht trifft diese Lehre zu, das klassische Recht aber war m. E. anders. Dieses kannte nur eine „Lehre von den zwei Momenten"; die Einsetzungsfähigkeit ist erforderlich im Zeitpunkt der Testamentserrichtung und im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, nicht dagegen im Moment der Delation.

Die entscheidende Stelle ist ein Fragment aus den Institutionen des Florentinus. Es ist uns doppelt überliefert, in den Pandekten und in Justinians Institutionen, beide Texte weisen nur einige leise stilistische Verschiedenheiten auf.[1]) Natürlich ist damit aber keineswegs die Klassizität der so überlieferten Entscheidung gesichert: die Verfasser der Institutionen haben auch sonst die von den Kompilatoren bereits veränderten Digestenstellen vor Augen gehabt und sie — mit geringen Änderungen — rezipiert.[2])

D. (28,5) 50, 1.[3])

Florentinus libro decimo institutionum.

In *extraneis*[4]) heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti *ut constiterit institutio*, et mortis testatoris, *ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive*

---

[1]) Siehe Note 3.

[2]) Man sehe D. (47, 8) 2, 22, das in I. (4, 2) 2 mit einigen Änderungen aufgenommen worden ist, und dessen Interpolation schwerlich zu bestreiten ist. Vgl. Sav.-Ztschr. 32, 49. — Diese Ausführungen richten sich gegen Berger, KritVJSchr. 3. Folge 14, 438.

[3]) Vgl. I. (2, 19) 4: In extraneis heredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt. et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia ut diximus tria tempora inspici debent.

[4]) Mit Kursivdruck sind die Zusätze der Kompilatoren bezeichnet, mit Petitdruck die von ihnen gestrichenen Worte.

pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris *vel condicionem institutionis exsistentem* mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, *tria* duo tempora inspicimus.

Die Echtheit dieses Textes ist bisher, soweit ich sehe, nicht bezweifelt worden, m. E. ist er schwer interpoliert.

Unecht ist zunächst die ganze Erwähnung des dritten Zeitpunktes, des Momentes des Erbschaftserwerbs. Die Interpolationsindizien sind die folgenden:

1. „et cum adibit. . . esse debet". Im vorangehenden Satze ist von „heredes" die Rede; typisch kompilatorisch ist es, daß die Konstruktion unvermittelt abgebrochen und im Singular fortgefahren wird, wodurch nun natürlich zu den Verben das Subjekt fehlt. Außerdem müßte entweder statt „adibit" „adit" dastehen, — so haben die Institutionen-Verfasser korrigiert — oder aber statt „debet" „debebit".

2. „vel maxime" ist sinnlos: warum soll die testamenti factio grade im Moment des Erbschaftsantritts „ganz besonders" gefordert werden?

3. Es ist eine starke stilistische Ungeschicklichkeit, erst zu verkünden, daß zwei Momente in Betracht kämen, und dann doch drei anzuführen. Diese formale Ungeschicklichkeit ist schwerlich Florentin zuzutrauen, während sie sich leicht erklärt, wenn eine fremde Hand die Erwähnung des dritten Zeitpunktes hineinkorrigierte.

4. Der Verlust der testamenti factio in der Zeit zwischen Delation und Erbantritt soll nach unserer Stelle offenbar schädlich sein, wenigstens muß der unbefangene Leser diesen Satz mittelst argumentum e contrario aus dem Texte herauslesen: wenn jemand drei Zeitpunkte nennt und erklärt, der Verlust der Einsetzungsfähigkeit zwischen 1 und 2 schadet nicht, so meint er offenbar, daß der Verlust zwischen 2 und 3 schädlich ist. In der Tat hat denn auch die herrschende Lehre stets diesen Schluß gezogen.[1]) Ist

[1]) Vgl. Vinnius zu I. (2, 19) 4 im § 6: aiunt medio tempore inter

das aber richtig, so unterliegt die Ausdrucksweise des Florentinus den schwersten Bedenken: dann ist es gar nicht wahr, daß nur in drei Zeitpunkten die Einsetzungsfähigkeit gefordert würde, muß sie ja doch in jedem Momente vorhanden sein, der zwischen Delation und Acquisition liegt![1])

5. Schließlich sind die Eingangsworte „in extraneis heredibus illa observantur" verdächtig. Rein inhaltlich betrachtet ist an ihnen gewiß nichts Auffälliges; die Lehre von den drei Momenten kann nur für extranei gelten, da bei den sui heredes Delation und Erwerb zusammenfällt. Trotzdem sind die Worte auffallend, weil sie offensichtlich an der falschen Stelle stehen. Wenn der Text lauten würde: der Erbe muß die testamenti factio haben, et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti et mortis testatoris; hoc amplius in extraneis heredibus illud observatur..., so könnte man dagegen nichts einwenden. Aber der Text erwähnt die extranei im falschen Satze, nämlich im ersten, der doch ausschließlich von den zwei ersten Zeitpunkten spricht und also für die sui genau wie für die extranei Geltung haben könnte! Schon den älteren Auslegern hat diese ungeschickte, irreführende Darstellungsart Mühe gemacht[2]), unmöglich darf sie dem Florentin zugetraut werden. Gerade diese kritischen Eingangsworte offenbaren unzweideutig das Vorgehen der Kompilatoren. Florentin erwähnte nur die ersten zwei Zeitpunkte und brauchte dann natürlich seine Erörterung nicht auf die extranei zu beschränken; die Kompilatoren fügten den Zeitpunkt des Erbschaftserwerbes als dritten Zeitpunkt hinzu und wünschten daher klarzustellen, daß diese ihre Lehre von den drei Momenten sich ausschließlich

---

factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutationem iuris non nocere heredi. Quod si tempus adeundae hereditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, aeque medio tempore inter condicionem existentem et aditionem hereditatis mutationem iuris heredi non obesse.

[1]) Bereits die älteren Ausleger haben die irreführende Ausdrucksweise des Textes gerügt, ohne doch ihren Vorwurf klar zu formulieren. Vgl. Mühlenbruch 122 und die dort Zit.

[2]) Siehe Mühlenbruch 123 ff.

auf die extranei bezöge. Sie hielten es für das einfachste, die ganze Erörterung in der Art einer Überschrift mit den Worten „in extraneis illa observantur“ einzuleiten und übersahen, daß sie ihre Einschränkung korrekt hätten in den zweiten Satz (hoc amplius....) einfügen müssen.

Florentin erwähnte also den Zeitpunkt des Erbantritts überhaupt nicht; damit ist aber zugleich erwiesen, daß dieser Moment im klassischen Rechte bei dem Erfordernis der testamenti factio überhaupt nicht in Betracht kam. Florentin konnte unmöglich sagen: „duo tempora inspicimus“, wenn das Vorhandensein der Einsetzungsfähigkeit noch in einem dritten Zeitpunkte zu prüfen war; er hätte sonst mit seiner Ausführung jeden Leser irregeführt und insbesondere den Anfänger, für den sein Werk doch bestimmt war. Man wende auch nicht ein, Florentin habe von dem dritten Zeitpunkte vielleicht später gesprochen: das hätte er, um Mißverständnisse zu vermeiden im unmittelbarem Anschluß an unsern Text tun müssen; hätte er dies aber getan, so hätten die Kompilatoren nicht zu interpolieren brauchen. In der Tat bieten uns auch unsere Quellen außer unserer Stelle keinen Beleg dafür, daß im Moment des Erbantritts sowie im Zeitraum zwischen diesem und dem der Delation die Einsetzungsfähigkeit erforderlich gewesen wäre.[1])

Die Kompilatoren haben aber nicht allein den dritten Zeitpunkt hinzugefügt, sondern auch die klassische Bestimmung der beiden ersten Momente geändert: Florentin nannte den Zeitpunkt der Testamentserrichtung und den des Todes des Erblassers, die Kompilatoren setzten an

[1]) Mühlenbruch 122 Note 17 (ebenso Schirmer 45 Note 54) hat freilich auf D. (38, 17) 1, 4 verwiesen, wozu man Paul. Sent. (4, 10) 3 stellen muß. Hier wird freilich die Erbfähigkeit ununterbrochen von der Delation bis zum Erbantritt verlangt; aber auch wenn man mit der herrschenden Lehre (Windscheid, Pand. 3 § 535 Note 18) aus diesen Stellen einen Grundsatz für das gesamte Intestaterbrecht ableitet, so ist damit doch für die Frage der Erbeinsetzungsfähigkeit gar nichts gewonnen: bei der gesetzlichen Erbfolge gibt es etwas der testamenti factio passiva Entsprechendes natürlich nicht, der Erbfähigkeit ab intestato entspricht bei der testamentarischen Erbfolge die Erwerbsfähigkeit. Siehe auch unten S. 119.

die Stelle des letzteren den Moment der Delation. Unecht sind nämlich m. E. auch die Worte „vel condicionem institutionis exsistentem". Die Interpolation erhellt daraus, daß der Eingang des Textes allein von dem Zeitpunkt des Todes spricht und den Eintritt der Bedingung gar nicht erwähnt; Florentin konnte nicht in einem Satze, der sich gar nicht mehr mit der Bestimmung der maßgebenden Zeitpunkte, sondern mit der Bedeutung der Zwischenzeit befaßte, so nebenher sagen, daß bei bedingter Erbeinsetzung der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung anstelle der Todeszeit maßgebend sei. Auch stehen die kritischen Worte sachlich in engem Zusammenhange mit der unechten Erwähnung des dritten Zeitpunkts, des Momentes des Erbantritts: wenn man die testamenti factio im Zeitpunkt der Delation fordert, muß man sie erst recht im Augenblick der Acquisition verlangen; wenn für den Anfang des Erwerbs, dann erst recht für seine Vollendung. Erweist sich also das Erfordernis der testamenti factio im Zeitpunkt des Erbantritts als unecht, so muß auch die Delation als maßgebender Zeitpunkt fallen. Richtig erwähnt auch Ulpian nur den Zeitpunkt des Todes des Erblassers und nicht den der Delation in

D. (28, 5) 6, 2.

Ulpianus libro quarto ad Sabinum.

Solemus dicere media tempora non nocere, ut puta civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus mox civitatem Romanam pervenit: media tempora non nocent.[1])

---

[1]) Die Stelle ist interpoliert. Die Worte „mox civitatem pervenit" kann natürlich Ulpian nicht geschrieben haben. Es sind nur zwei Möglichkeiten gegeben: entweder Ulpian schrieb „mox ad civitatem Romanam pervenit", wie Haloander und jüngere Vulg. lesen, — oder er schrieb, wie Mommsen vorschlug, „mox civitatem Romanam recuperavit". Mommsen hat die naheliegende erste Konjektur wohl deshalb abgelehnt, weil man streng genommen von jemandem, der schon einmal römischer Bürger war, nicht sagen sollte „er erlange das Bürgerrecht", sondern „er erlange es zurück". Siehe die korrekte Ausdrucksweise des Paulus in D. (35, 1) 104, abgedruckt unten S. 124. Diese Erwägung Mommsens ist ganz richtig, nur führt sie den heutigen Forscher wohl zu einem

Freilich besitzen wir aber auch noch eine andere Stelle, die bei bedingter Erbeinsetzung genau wie der überlieferte Florentinustext den Zeitpunkt des Bedingungseintritts anstelle der Todeszeit für maßgebend erklärt, doch auch diese Stelle weist — wenngleich nur leichte — Unebenheiten auf, die auf einen Eingriff der Kompilatoren deuten:

D. (28, 5) 60, 4

Celsus libro sexto decimo digestorum.

Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, *aut si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit.*

Der Schlußsatz scheint angeflickt zu sein: die Worte „heres“ und „tempore“ sind überflüssig und machen den Satz schwerfällig; „redierit“ stünde besser vor „intra“; „exsistit“ steht, verglichen mit dem parallelen „decessit“, im falschen Tempus (statt exstitit). Gewiß würden diese Indizien zu einer Verdächtigung nicht ausreichen, wenn das Fr. allein stünde; in Verbindung gesetzt aber mit unserer Florentin-Entscheidung darf auch die Interpolation dieses Fr. behauptet werden.

Die sachlich erheblichen Interpolationen der Florentin-Stelle sind damit angegeben. Unecht sind wohl auch — was indes sachlich nicht weiter von Interesse ist — die

---

anderen Ergebnisse. Die Konjektur „ad civitatem Romanam pervenit“ ist naheliegend und daher anzunehmen. Bei solcher Wiederherstellung des Textes aber muß der Anfang von einem Mann gesprochen haben, der 1. noch nicht römischer Bürger war; 2. doch die testamenti factio passiva besaß; und den 3. die Kompilatoren wegstreichen mußten. Alle drei Eigenschaften hat der Latinus Iunianus. Vgl. Ulp. Reg. 22, 3 und 11, 16 sowie C. 7, 6. Die gleiche Interpolation findet sich in D. (28, 6) 11 Paulus libro primo ad Sabinum. Si is qui heres institutus est filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit. contra quoque potest poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit. Der plumpe Eingangssatz ist wie Mommsen mit Recht rügt, ungenau: hinter „est“ müßten die Worte „capere non potest“ stehen. Die Stelle ist wohl so zu rekonstruieren: Si Latinus Iunianus heres institutus filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit vel intra diem cretionis. . . .

Worte „ut constiterit institutio" und „ut effectum habeat". Die Einsetzung wird doch gleich behandelt, mag die testamenti factio im Moment der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt des Todes gefehlt haben; was hat es also für einen Zweck, im ersten Falle die Einsetzung für ungültig im zweiten für unwirksam zu erklären? Auch steht „constiterit" verglichen mit „habeat" im falschen Tempus.

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Erörterungen zusammen, so ergibt sich als klassische Ordnung die folgende: die testamenti factio passiva ist erforderlich in zwei Zeitpunkten, im Moment der Testamentserrichtung und im Augenblick des Todes des Erblassers. Der Gedanke der Klassiker ist einfach der: die testamenti factio passiva ist die Fähigkeit, Passivbeteiligter bei dem Rechtsgeschäft der Testamentserrichtung zu sein; diese Fähigkeit muß in denjenigen Zeitpunkten vorhanden sein, die für das definitive Zustandekommen dieses Rechtsgeschäftes sonst entscheidend sind, und diese sind der Moment der Erklärung des Willens, und der, in dem diese Erklärung unwiderruflich wird. Der Zeitpunkt der Delation ist ebenso gleichgültig wie der der Acquisition, denn was soll die testamenti factio noch post factum testamentum, was sie Fähigkeit, Passivbeteiligter bei einem Rechtsgeschäft zu sein, nachdem dieses bereits unwiderruflich abgeschlossen vorliegt? Was man im Zeitpunkt der Delation und Acquisition fordern kann, ist allein die Erwerbsfähigkeit, nicht die Einsetzungsfähigkeit. Im klassischen Recht ist auch in der Tat die Erwerbsfähigkeit stets im Moment des Erbantritts, regelmäßig aber auch für die Zeit von der Delation bis zur Acquisition gefordert worden[1]), wie schon das Intestaterbrecht zeigt, das hier als Parallele herangezogen werden darf.[2]) Ausnahmsweise ist freilich die Erwerbsfähigkeit im Momente der Delation nicht erforderlich, so beim Latinus Iunianus und bei den caelibes.[3])

---

[1]) Mühlenbruch 172ff.

[2]) Siehe die oben S. 116 Note 1 zitierten Stellen.

[3]) Dazu Mühlenbruch 170, 174. In diesen Zusammenhang gehört auch, wie die Inskription erweist, D. (29, 2) 82. Terentius Clemens libro sexto decimo ad legem Iuliam et Papiam. Si servus eius qui capere

Ulpian Reg. 22, 3: Latinus Iunianus si quidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; quod si Latinus manserit, lege Iunia capere hereditatem prohibetur.

Ulpian Reg. 17, 1: Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibi vel Latino Juniano legatum fuerit nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit vel Latinus ius Quiritium consecutus sit.

Was die Kompilatoren zu ihrem Eingriffe veranlaßte, ist unschwer zu erkennen. Die soeben erwähnten Besonderheiten des klassischen Rechts für die Latiner und caelibes haben sie nicht übernommen, sie forderten also durchweg Erwerbsfähigkeit von der Delation bis zur Acquisition. Da ja nun die Einsetzungsunfähigen auch immer zugleich erwerbsunfähig sind[1]), die Kompilatoren auch die klassischen Kaduzitätsvorschriften nicht übernommen haben[2]), so lag es in der Tat nahe zu sagen: wir verlangen die testamenti factio passiva auch für die Zeit von der Delation bis zur Acquisition. —

Alles bisher für die Erbeinsetzungsfähigkeit Gesagte gilt auch für die Fähigkeit, mit einem Vermächtnis bedacht zu werden; weitere Ausführungen darüber sind nicht erforderlich.[3]) Wohl aber bedarf noch ein Kreis von Belegen der Erörterung. die bisher beiseite gelassen worden sind, die nämlich die Einsetzung eines Sklaven zum Erben oder Vermächtnisnehmer behandeln.

Der Sklave hat die testamenti factio passiva, er kann sowohl als Erbe wie als Vermächtnisnehmer eingesetzt werden; der eigene Sklave des Erblassers hat aber die testamenti factio nach klassischem Rechte allein für die

non potest heres instituatur, et antequam iussu domini adeat hereditatem manumissus alienatusve sit et nihil in fraudem legis factum esset, ipse admittitur ad hereditatem. „alienatusve“ streicht P. Krüger mit Recht als sinnloses Glossem; der rechte Text wird aber vor „manumissus“ noch die Worte „intra diem cretionis“ enthalten haben.

[1]) Vangerow, Pand. 2 § 429 Anm. 1, I. (S. 77).

[2]) Dernburg, Pand. 3 § 85 und 92. C. 6, 51.

[3]) Siehe Arndts bei Glück 46, 376ff.

Einsetzung cum libertate, der fremde Sklave dann, wenn sein Herr die testamenti factio besitzt.[1]) Auch hier muß die Einsetzungsfähigkeit in den früher angegebenen Zeiten vorhanden sein:

a) Im Zeitpunkte der Testamentserrichtung. Die Erbeinsetzung des eigenen Sklaven ist daher nichtig, wenn sie sine libertate erfolgte, auch wenn später der Sklave freigelassen oder veräußert wird und er damit also die testamenti factio auch für die Einsetzung sine libertate erhält:

Gaius 2, 187: Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem.

Ulpian Reg. 22, 12: Sed si sine libertate sit institutus (scil. proprius servus), omnimodo non consistit institutio.

Umgekehrt ist die Einsetzung eines fremden Sklaven nichtig, wenn sie cum libertate erfolgte, selbst wenn später der Sklave ins Eigentum des Erblassers kommt und also die testamenti factio für diese Art der Einsetzung erhält:

Florentinus D. (28, 5) 50 pr.: Si alienum servum liberum et heredem esse iussi et is postea meus effectus est, neutrum valet, quia libertas alieno servo inutiliter data est. —

b) Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Die Einsetzung des eigenen cum libertate eingesetzten Sklaven ist daher gültig, wenn der Sklave zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Eigentum steht; ebenso wenn er in diesem Zeitpunkte bereits frei ist, oder aber in fremdem Eigentume steht, und sein derzeitiger Herr die testamenti factio hat.

Gaius 2, 188: Cum libertate vero heres institutus, si quidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber

---

[1]) Ulp. Reg. 22, 7 und 9, Gaius 2, 185, 186 D. (28, 5) 31 pr., Papinian D. (33, 3) 5, Florentinus D. (28, 5) 50, 1. — Nach justinianischem Recht versteht sich die Freiheitserteilung bei der Erbeinsetzung des eigenen Sklaven von selbst. Mühlenbruch 196.

et inde necessarius heres; si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest; quodsi alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet. Ebenso Ulpian Reg. 22, 11, 12.

Die Einsetzung eines servus alienus wäre nichtig, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers sein Herr einsetzungsunfähig wäre oder der Sklave ins Eigentum des Erblassers geraten wäre; sie ist gültig, wenn sein Herr zu dieser Zeit einsetzungsfähig ist, oder der frühere Sklave nunmehr frei ist.

Gaius 2, 189: Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere; si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest. Ebenso Ulpian Reg. 22, 13.

c) Der Satz media tempora non nocent gilt auch hier. Dies lehren abgesehen von der allgemein redenden und daher auch auf die Sklaveneinsetzung sich beziehenden Florentin-Stelle (D. 28, 5, 50, 1) die beiden folgenden Ulpian-Stellen:

D. (28, 5) 9, 16

Ulpianus libro quinto ad Sabinum.

Servus cum libertate heres institutus si sit alienatus, iuberi adire ab eo potest, cui alienatus est: sed si redemptus sit a testatore, institutio valet et necessarius heres erit.

D. (28, 5) 51, pr.

Ulpianus libro sexto regularum.

Servum meum heredem institutum cum libertate si vivus vendidero ei, cum quo testamenti factio non est, posteaque eum redemero, ex testamento mihi heres esse poterit nec medium tempus, quo apud eum fuit, vitiavit institutionem, quia verum est utroque tempore tam testamenti faciendi quam mortis tempore meum fuisse. *unde si apud eum remanserit, vitiatur institutio: vel si cum eo testamenti factio est, iussu eius adeundo adquiret ei hereditatem.*[1])

---

[1]) Der Schlußsatz (von „unde" an) ist wohl ein Glossem. Sachlich

Allerdings scheint es unter den Klassikern in dieser Frage Dissidenten gegeben zu haben, wie die folgende Entscheidung Marcians zeigt:

D. (34, 8) 3, 2

Marcianus libro undecimo institutionum.

Item si servo alieno quid legatum fuerit et postea a testatore redemptus sit, legatum extinguitur: nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.

Hiernach soll selbst dann, wenn der Testator den Sklaven wieder veräußerte, das Vermächtnis ungültig sein. Eine Vereinigung dieser Entscheidung mit der Ulpians ist nicht möglich, wir wissen aber auch aus andern Stellen, daß bezüglich der Anwendung der Regel, die Marcian hier zur Begründung seiner Entscheidung verwendet, unter den Klassikern Meinungsverschiedenheiten bestanden.[1]) —

Schließlich wird auch bei der Sklaveneinsetzung im Zeitpunkt des Erwerbes, regelmäßig auch im Moment der Delation, Erwerbsfähigkeit gefordert; steht der Sklave in fremdem Eigentum, so muß sein Herr erwerbsfähig sein, steht er im Eigentum des Erblassers, so muß er selbst erwerbsfähig sein. Wir veranschaulichen diese Sätze an den bedingten Einsetzungen.

Hat jemand einen fremden Sklaven bedingt eingesetzt und gelangt dieser nach dem Tode des Erblassers[2]) in den Nachlaß, so wird die Einsetzung nur dann wirksam, wenn vor Eintritt der Bedingung der Sklave wiederum in fremdes Eigentum gelangt: würde die Bedingung früher eintreten, so mangelte dem Eingesetzten zur Zeit der Delation die Erwerbsfähigkeit. So entscheidet Ulpian in

---

richtig, ist er doch nach dem Vorangehenden allzu selbstverständlich; die Entscheidungsvoraussetzungen werden einfach umgekehrt.

[1]) Siehe darüber Arndts a. a. O. 282 und 441 Note 14.

[2]) Daß die Veräußerung nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist, ergibt das Wort „hereditario"; andernfalls würde „servo testatoris" dastehen. — Das unrichtige „servus" der Florentina ist wohl ein Glossem; „servo", wie die Vulg. lesen, wäre korrekt, aber überflüssig.

D. (28, 5) 6, 2.

Ulpianus libro quarto ad Sabinum.

Servus alienus sub condicione heres scriptus *traditus* mancipatus est *servus* hereditario, mox usucaptus ab extraneo: non est vitiata institutio.

Ebenso einleuchtend ist die Entscheidung des Paulus in

D. (35, 1) 104.

Paulus libro quarto decimo responsorum.

Eum, qui post apertum testamentum deportatus et restitutus est, fideicommissum petere posse, cuius condicio postea exstitit, quam civitatem Romanam recipiat.

Mit der Testamenteröffnung tritt hier, da das Vermächtnis bedingt ausgesetzt ist, die Delation nicht ein, es genügt daher, wenn der Bedachte zur Zeit des Eintritts der Bedingung erwerbsfähig ist.

Hat der Erblasser seinen eigenen Sklaven im Testamente bedacht, so muß dieser zur Zeit des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses vor allen Dingen frei sein. Wenn der Erblasser seinen Sklaven im Testament unbedingt für frei erklärt und ihm ein Vermächtnis zuschreibt, so ist die Zuwendung wirksam: der Sklave wird frei mit dem Antritt des Erben, und da nun bekanntlich der dies cedens in diesem Falle auf den Erbantritt gelegt wird[1]), so ist im Augenblick des Vermächtnisanfalls die Erwerbsfähigkeit des Bedachten gegeben. War das Vermächtnis pure, die Freiheit sub condicione erteilt, so muß natürlich die Bedingung noch vor der Delation des Vermächtnisses (vor dem Erbantritt) eintreten, wenn das Vermächtnis wirksam sein soll.[2]) Ebenso muß natürlich der Sklave frei sein, wenn an ihn die Berufung zur Erbschaft ergeht; davon handelt folgendes bisher wenig beachtetes Fragment:

---

[1]) Windscheid, Pand. 3 § 642 Note 13; Vangerow, Pand. 2 § 540 II. (S. 508).

[2]) D. (30) 91, 1; (35, 1) 86, 1 und dazu Vangerow a. a. O.

D. (28, 5) 9, 17—19.

Ulpianus libro quinto ad Sabinum.

Si servus ex die libertatem acceperit et hereditatem pure, mox sit alienatus vel manumissus, videamus an institutio valeat. et quidem si alienatus non esset, *potest defendi institutionem valere, ut die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat.*

18. Sed si in diem libertas, hereditas autem sub condicione data sit, si condicio post diem advenientem exstiterit, liber et heres erit. 19. Sed et si pure fuerit heres institutus libertate in diem data, si sit alienatus vel manumissus, dici debet heredem eum posse existere.

Die §§ 18 und 19 bringen keine Überraschung. Ist die Freiheit betagt, die Erbschaft bedingt zugewendet, und fällt der Eintritt der Bedingung hinter den dies, so ist im Moment des Anfalls der Eingesetzte erwerbsfähig und die Einsetzung daher wirksam. Der § 19 behandelte den Fall, daß der Sklave unbedingt als Erbe, aber betagt frei geschrieben und später vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist. Die Zuwendung ist gültig, denn ist der Sklave freigelassen, so ist er im Augenblick der Delation erwerbsfähig; ist er veräußert, so kann er für seinen jetzigen Herrn erwerben (dessen Erwerbsfähigkeit vorausgesetzt), die befristete Freilassung hat hier gar keine Bedeutung. Um so überraschender wirkt nun die Entscheidung des § 17. Sie behandelt gleichfalls die unbedingte Erbeinsetzung eines Sklaven, dem betagt die Freiheit hinterlassen worden ist, und sie erklärt diese Einsetzung für wirksam, selbst wenn der Sklave nicht veräußert oder freigelassen worden ist, wiewohl doch dann im Augenblick der Delation (des Todes des Erblassers) der Eingesetzte nicht erwerbsfähig ist. Die Entscheidung ist aber gefälscht; Ulpian hatte sich im gerade entgegengesetzten Sinne entschieden. Die Indizien sind: 1. Die Worte „quae hereditatem moratur“ sind auffällig. Sie wollen wohl sagen, daß die der Freilassung zugefügte Befristung auch auf die Erbeinsetzung bezogen werden soll; bekanntlich ist aber die Zufügung

eines dies zur Erbeinsetzung unzulässig.[1]) 2. Sehr häßlich ist die Phrase „ut die veniente libertatis competente libertate et heres necessarius existat"; der Klassiker würde einfach geschrieben haben „ut die veniente libertatis et liber et heres necessarius existat". 3. Entscheidend ist aber vor allem der Inhalt der beiden folgenden §§ 18 und 19. Schon die Eingangsworte des § 18 (sed si) zeigen an, daß die Entscheidung des § 17 ursprünglich zu dem entgegengesetzten Ergebnisse führte, wie die des § 18. Wäre der § 17 echt, so wäre auch nicht einzusehen, warum Ulpian im § 18 so nachdrücklich fordert, daß die Bedingung nach dem dies eingetreten sein müsse, wenn der Sklave zur Erbschaft gelangen soll: wenn der pure eingesetzte Sklave den Freiheitstag abwarten und dann zur Erbschaft gelangen darf, warum nicht entsprechend der sub condicione Eingesetzte, der doch nach Eintritt der Bedingung wie ein pure Ernannter dasteht? Die älteren Ausleger haben diesen Widerspruch des § 17 gegen § 18 wohl erkannt. In der Gl. post diem zu unserem § 18 fragt Hugo: „Quid si ante?", und die Additio antwortet darauf: „Dic secundum Baldum hic quod condicio est purificata et, sicut si ab initio esset pura institutio, spectaretur dies libertatis". Ganz folgerichtig! Nur verlieren dann die Worte „post diem" im § 18 jeden Sinn. Auch der § 19 weist auf die Interpolation des § 17. Ulpian kommt hier nochmals auf den Fall des § 17 (pure heres, ex die liber) zurück und läßt den Sklaven zur Erbschaft zu, wenn er vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist. Wozu das, wenn er ihn im § 17 auch ohne diese Voraussetzungen allgemein zugelassen hatte? Die Interpolation ist m. E. zweifellos. —

So bewährt sich also auch bei der Sklaveneinsetzung der früher aufgestellte Grundsatz: testamenti factio passiva ist erforderlich im Moment der Testamentserrichtung und im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, Erwerbsfähigkeit im Moment des Erwerbes und regelmäßig auch in dem der Delation.

Zum Schluß noch ein Wort über die Stellung des

[1]) Windscheid, Pand. 3 § 555.

Militärrechts zu den hier behandelten Fragen. Es kommen nur zwei Stellen in Betracht:

D. (29, 1) 73, 2.

Ulpianus libro quadragesimo quinto ad edictum.

Et deportati et *fere* omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit: sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere quasi nunc data hereditate. *et generaliter in omnibus id poterit dici quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui potuerit.*

C. (6, 21) 5.

Imperator Alexander.

Ex testamento militis, sive adhuc in militia sive intra annum missus honeste decessit, hereditas et legata omnibus quibus relicta sunt debentur, quia inter cetera, quae militibus concessa sunt, liberum arbitrium quibus velint relinquendi supremis suis concessum est, *nisi lex specialiter eos prohibuerit.*

Namentlich das unklare Fr. 13 hat den Auslegern große Schwierigkeiten gemacht[1]), mit Recht hat aber bereits Bonfante[2]) darauf hingewiesen, daß die beiden genannten Stellen interpoliert sind. Zunächst sind in der Kodexstelle die Worte „nisi – prohibuerit" — einer der typischen unechten nisi-Sätze — unecht, ebenso das Wort „fere" in dem Pandektenfragment. Das klassische Recht kennt mit Ausnahme des servus poenae, der aber sogleich im Texte ausdrücklich ausgenommen wird, keinen Fall, in dem ein gemeinrechtlich Einsetzungsunfähiger militärrechtlich die testamenti factio nicht besäße, erst Justinian hat C. (1, 5) 22

[1]) Siehe Mühlenbruch bei Glück 42, 74ff. und Arndts bei Glück 46, 384ff.

[2]) Instituzioni 551 Note 2, zustimmend Arangio-Ruiz, Bull. dell' ist. di dir. rom. 18, 194f. Wohl ebenfalls zustimmend P. Krüger, der aber in der Dig.-Ausgabe Bonfantes Interpolationsannahme nicht ganz genau notiert; Bonfante nimmt eine Interpolation wie im Text angegeben an.

einen weiteren Fall, nämlich den des Häretikers, eingeführt, auf welchen die Zusätze der Kompilatoren bezogen sein wollen. Unecht ist ferner die Schlußklausel der Pandektenstelle, die so viel Verwirrung angerichtet hat. Stilistisch fällt der Wechsel von Singular und Plural auf, der „talis inveniatur" ohne Subjekt läßt. Vor allem ist aber der Satz sachlich ganz ungenau. Er behauptet, bei „allen" von Soldaten eingesetzten Personen empfange die Einsetzung erst Kraft, wenn die Eingesetzten im Zeitpunkt des Todes des Testators militärrechtlich einsetzungsfähig seien. Sicher ist das doch falsch bei der Einsetzung einer Person, die bereits gemeinrechtlich einsetzungsfähig ist: diese Einsetzung ist von Anfang an gültig und wird es nicht erst mit dem Tode des Erblassers. Dasselbe gilt aber nach dem Eingang des § 2 regelmäßig auch bei denen, die nur militärrechtlich einsetzungsfähig sind; auch hier wird die Einsetzung nicht erst mit dem Erbfall gültig. An der Stelle ist noch weiter geändert: die beiden mit „sed" beginnenden Sätze können nicht so unvermittelt aufeinander gefolgt sein, besonders fällt der schroffe Subjektwechsel auf: „sed si servum poenae heredem scribat (miles!) institutio non valebit: sed si ... inveniatur (servus!)". Es kann sein, daß bereits bei den Worten „sed si mortis" der Zusatz der Kompilatoren beginnt; da aber eben so gut hinter „valebit" eine Ausführung gestrichen sein kann, nehme ich vor der Hand den Satz als echt hin.

Für das klassische Militärrecht ergibt sich demnach: testamenti factio passiva hat ein jeder mit Ausnahme des servus poenae, da dieser weder selbst Person ist, noch zivilrechtlich einen Herrn hat; auch seine Einsetzung konvalesziert aber, wenn er zur Zeit des Todes des Erblassers wieder das Bürgerrecht erworben hat. Im Moment des Erwerbes ist natürlich Erwerbsfähigkeit erforderlich, nur kommt auch diese grundsätzlich allen zu, auch denen, die sie gemeinrechtlich nicht haben. Nur für die mulieres probrosae ist uns die incapacitas überliefert.[1])

[1]) D. (29, 1) 41, 1, Arangio-Ruiz a. a. O.

V.

Die cura minorum der klassischen Zeit.

Von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**

in Freiburg i. Br.

Der pubes minor XXV annis erhielt in klassischer Zeit einen Kurator bekanntlich nur auf seinen Antrag. Demgegenüber bieten die Justinianischen Quellen ein merkwürdig zwiespältiges Bild. Auf der einen Seite finden wir da eine Anzahl von Zeugnissen, die den klassischen Grundsatz, so als ob er in unveränderter Geltung stünde, einfach wiederholen, und diese Zeugnisse stehen nicht an versteckten Orten, wo ihr Vorkommen auf ein Versehen der Leute Justinians zurückgeführt werden könnte, sondern an den eigentlichen Sitzen der Materie. So vor allem in den Institutionen unter dem Titel de curatoribus 1, 23, 2 das bekannte[1]): inviti adulescentes curatorem non accipiunt praeterquam in litem. In den Digesten unter dem Titel de tutoribus et curatoribus datis: 26, 5, 13 § 2, sodann überaus nachdrücklich unter dem Qui petant tutores vel curatores: 26, 6, 2 § 4. 5. Vgl. ferner D. 3, 3, 44 § 3; 26, 7, 5 § 5; 27, 1, 36 § 1; 38, 17, 2 § 29; C. 5, 31, 6. Auf der anderen Seite wird, ohne daß von dem Erfordernis des Antrags irgend die Rede wäre, bestimmt ausgesprochen, daß die Minderjährigen bis zum vollendeten 25. Lebensjahre einen Kurator haben müßten, der statt ihrer ihr Vermögen verwalte, D. 4, 4, 1 § 2. 3:

> Apparet minoribus annis viginti quinque eum opem polliceri: nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat. Et ideo hodie in hanc usque aetatem adulescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus.

[1]) Dazu auch Theoph. ad h. l.

Besonders auffallend ist in dieser Ulpian zugeschriebenen Stelle die starke Betonung des „quamvis bene rem suam gerentibus“, im Gegensatz zu dem, was derselbe Ulpian reg. 12, 4 sagt:

> Praeterea dat curatorem ei etiam, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.

Ferrini[1]) zuerst hat diese Widersprüche empfunden und die Vermutung ausgesprochen, daß, was wir in D. 4, 4, 1 § 3 lesen, nicht klassisches, sondern Justinianisches Recht sei, und man wird dem unbedingt beitreten müssen. Die Erklärung der Widersprüche aber wird man darin suchen dürfen, daß zwar das offizielle Recht an dem Erfordernis des Antrags formell festhielt, die Magistrate aber in nachklassischer Zeit immer regelmäßiger die Minderjährigen zur Stellung des Antrags nötigten, äußerstenfalls sich auch über das Erfordernis hinwegsetzten[2]), zumal in den östlichen Provinzen, wo man der Unterscheidung zwischen tutela impuberis und cura minoris fremd gegenüberstand.[3])

Es ist ein entschiedenes Verdienst der neueren Forschung, die Wandlung klargestellt zu haben, die hier vor sich gegangen ist. Man ist aber dabei nicht stehen geblieben. In jüngster Zeit ist gleichzeitig durch zwei von einander unabhängige Forscher die mit jener Entwicklung keineswegs notwendig gegebene Behauptung aufgestellt und eingehend verteidigt worden, daß auch die Funktionen des curator adulescentis im Justinianischen Recht

---

[1]) Manuale[3] S. 961 n. 3; ihm folgen u. a. Peters, ZSS. 32 S. 279; Albertario, Hodie 10; Beseler, Beiträge 2 S. 98; Solazzi, minore età (1912) S. 16; Partsch, Studien zur Neg. gestio I (1913) S. 85 n. 1.

[2]) Bemerkenswert ist, daß im C. Theod. eine verloren gegangene Konstitution stand, die — im Gegensatz zum klassischen Recht (D. 38, 17, 2 § 29) — „matres pupillis vel minoribus defensionem legitimam non petentes . . . . . mori praecepit intestatas“. Nov. Theod. II. tit. XI pr.

[3]) Ein Zeugnis aus den westlichen Provinzen bietet die l. Rom. Burg. 36, 3: Pupilli vero post impletum quartum decimum annum curatores sibi ipsi petere debebunt. Ob „debebunt“ hier auf einen Zwang oder nur auf die rechtliche Notwendigkeit des Antrags hindeuten will, muß dahingestellt bleiben.

ganz andere gewesen seien als in klassischer Zeit: Solazzi und Partsch (in den S. 130 n. 1 angeführten Abhandlungen) sprechen dem klassischen curator minoris, im Gegensatz zu der bisher allgemein herrschenden Lehre, das Verwaltungsrecht am Vermögen des männlichen Minderjährigen ab[1]); Verwaltungsrecht habe nur der curator mulieris besessen. Der männliche Minderjährige, der trotz der Bestellung des Kurators vollkommen geschäftsfähig blieb, habe sein Vermögen selbst verwaltet. Der curator minoris habe den Charakter eines bloßen Beistands gehabt, der den Minderjährigen auf Wunsch zu beraten und ihm zu assistieren hatte, ohne daß aber dieser gehindert gewesen wäre, Geschäfte aller Art auch ohne Einholung dieses Rates, ja selbst gegen den Willen des Kurators vorzunehmen. Habe der Kurator, was ja natürlich möglich war, die Verwaltung freiwillig übernommen, so sei er eben, gleich jedem andern, der dies tat, bloßer negotiorum gestor gewesen.[2]) Diese neue Lehre ist es, die im folgenden auf ihre Begründung geprüft werden soll.

Vorweg: wahrscheinlich klingt sie nicht. Im Gegenteil, man kann sich eine Einrichtung solcher Art praktisch kaum vorstellen. Man bedenke: ein Kurator, der nichts zu verwalten hat und dessen Zustimmung zu keinem Geschäft des Mündels erforderlich ist, der ihm zwar Rat geben soll, einen Rat aber, den der Mündel nicht zu beachten braucht! Der gewissenhafte Kurator wendet vielleicht viel Zeit und Mühe auf das Studium der ihm unterbreiteten Angelegenheit; der junge Mensch, der ihn gefragt hat, tut nachher

---

[1]) Die bestrittene Frage, ob nicht auf Grund der lex Plaetoria der Kurator ursprünglich nur für die Besorgung bestimmter Angelegenheiten bestellt und erst durch M. Aurel mit der gesamten Vermögensverwaltung betraut worden sei, lasse ich hier dahingestellt. M. E. ist sie zu verneinen; das „redditis causis“ in der vita Marci c. 10 gibt keinen Anhalt für die Bejahung.

[2]) Vgl. Solazzi S. 71f., 81. Der Vorwurf, den Partsch S. 74[2], 79[1], 80[3] gegen Solazzi erhebt — daß dieser die Möglichkeit freiwilliger n. g. des Kurators nicht berücksichtigt habe — ist insoweit nicht berechtigt. Richtig aber ist, daß Solazzi bei seinen Interpolationsvermutungen diese Möglichkeit öfter auch da nicht in Rechnung stellt, wo dies von seinem Standpunkt aus geboten wäre.

doch, was ihm beliebt. Konnte ein römisches Gesetz ernsthaften Männern zumuten, sich in eine derart entwürdigende Stellung zu begeben? Freilich dem Mangel an Macht hätte auch der Mangel jeder Verantwortlichkeit entsprochen. Denn wenn der Kurator seinen Rat verweigert oder fahrlässig den schlechtesten Rat erteilt, was dann? Mir ist kein Rechtsmittel bekannt, das dem Mündel Schadenersatz hätte verschaffen können, wenn der curator minoris wirklich das war, wofür ihn Solazzi und Partsch ausgeben; insbesondere könnte von einer actio negotiorum gestorum ohne gestio sicherlich keine Rede sein. Ich kann nur wiederholen: mir ist ein solches Rechtsinstitut, praktisch genommen, kaum faßbar. Sehr schwerwiegend ist auch die von Solazzi (S. 133f.) und Partsch (S. 90) nicht bestrittene und in der Tat durch zahlreiche Quellenstellen über jede Anzweiflung erhabene Tatsache, daß der curator mulieris minoris ganz bestimmt Verwaltungsrecht gehabt hat. Das soll eine Besonderheit des curator mulieris gewesen sein. Aber aus keiner einzigen Stelle ist etwas derartiges ersichtlich. Tatsächlich allerdings werden junge Frauen, das begreift sich, häufiger als junge Männer einen curator erbeten haben, und daher wird es kommen, daß wir in den Reskripten des Codex Fragen, die sich auf die Administration und ihre Folgen beziehen, gerade beim curator mulieris relativ häufiger begegnen.

Solazzi, dessen Ausführungen durch Partsch nur ergänzt und teilweise berichtigt werden, beruft sich für seine These auf zweierlei. Einerseits sei die vollkommene Geschäftsfähigkeit des minor pubes in den klassischen Quellen unbestreitbar bezeugt (S. 5f.); auch bei Veräußerungen werde die Unterscheidung zwischen dem minor curatorem habens und dem minor sine curatore constitutus erst von Diokletian gemacht (in der bekannten Stelle C. 2, 21, 3), während in den Zeugnissen der Klassiker die Veräußerungen der Minderjährigen überall einfach als an sich gültig und nur der Restitution ausgesetzt behandelt würden.[1] Selbst die oratio Severi über die Veräußerung

[1] In D. 26, 7, 32 § 4 hält Solazzi S. 9[5] die Eingangsworte „interposito curatore" für interpoliert. Auffallend ist die Wendung; aber einfach

von Mündelgütern sei in klassischer Zeit auf praedia minorum puberum, auf die sie sich ihrem Wortlaut nach nicht bezog, nicht angewendet worden. Auf der anderen Seite seien alle angeblich klassischen Stellen, worin entweder ausdrücklich dem curator minoris Verwaltungsrecht zugeschrieben oder Entscheidungen gegeben seien, die dies Verwaltungsrecht voraussetzten, interpoliert. Von diesen beiden Positionen ist m. E. die erste nicht zu erschüttern. Sind auch hinsichtlich der Anwendungssphäre der oratio Severi Zweifel möglich (hierüber weiter unten), so scheint mir doch die volle Geschäftsfähigkeit der minores puberes im übrigen nicht zweifelhaft. Aber die Tatsache voller Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen ist für sich allein keineswegs imstande, das Verwaltungsrecht des Kurators zu widerlegen. Die Römer wußten, so gut wie wir, daß junge Leute unter 25 Jahren tausendfach genötigt sind, sich aktiv am Vermögensverkehr zu beteiligen, ohne immer ihren Kurator zuziehen zu können; statt nun, wie unser BGB. in §§ 110. 112. 113, einzelne Fälle herauszugreifen und einer Sonderregelung zu unterwerfen, zogen sie es vor, es allgemein bei der vollen Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen zu belassen und sie lediglich vor der Gefahr unbilliger Benachteiligung durch die bekannten Rechtsmittel — actio und exceptio legis Plaetoriae, in integrum restitutio — zu schützen. Sie überließen es einfach dem Publikum, der Gefahr späterer Anfechtung selber vorzubeugen; das konnte man, indem man in allen Fällen, wo mit einer solchen Gefahr überhaupt zu rechnen war, sich mit dem Minderjährigen nicht ohne weiteres einließ, vielmehr von ihm die Stellung eines Kurators verlangte, damit dieser entweder zustimme oder ihn vertrete.[1]) Im ersten Fall war die Restitution zwar nicht rechtlich, aber, infolge des dem Prätor zustehenden freien Ermessens, tatsächlich in der Regel ausgeschlossen; im zweiten Fall fiel sie, wenigstens wenn es sich um die vertretungsweise

zu streichen sind die Worte nicht; sie sollen erklären, wie es möglich war, daß der doch offenbar gezahlte Preis dem Minderjährigen nicht zugute kam. Dies auch gegen Partsch S. 83.

[1]) D. 4, 4, 7 § 2; C. 5, 31, 1.

Übernahme von Obligationen durch den Kurator handelte, m. E. auch rechtlich weg. Befriedigend konnte aber, wie mir scheint, diese ganze Maschinerie doch nur funktionieren, wenn der curator minoris kein bloßer Ratgeber war, sondern das Recht und auch die verantwortliche Pflicht hatte, sich der Angelegenheiten seines Mündels mit allem Fleiße anzunehmen. Freilich kann man nun fragen: ist denn ein Verwaltungsrecht des Kurators mit der vollen Geschäftsfähigkeit des Mündels überhaupt vereinbar? Kann der Kurator verwalten, wenn ihm der Mündel durch beliebige Geschäfte beständig das Konzept zu verderben vermag? Die Sache sieht, meine ich, erheblich schlimmer aus als sie ist. Man darf nie vergessen, daß der minor einen Kurator nur erhielt, wenn er ihn haben wollte, daß also das etwaige Administrieren des Kurators an sich immer seinem eigenen Wunsch und Willen entsprach. Daß ein solcher Wunsch und Wille, wenn auch nicht in der Überzahl der Fälle, so doch gar nicht selten geäußert wurde, ist durchaus zu begreifen. Solazzi (S. 33) fragt freilich, als ob die Antwort nur negativ ausfallen könnte: quale adulto sarà stato così ingenuo da domandare di essere spogliato della libertà di amministrare il suo patrimonio? Aber warum sollte ein Minderjähriger nicht den Verstand haben können, sich, geschäftsunerfahren wie er ist, zu sagen, daß er der Aufgabe der eigenen Verwaltung seines Vermögens nicht gewachsen sei? Es ist wohl nicht allzukühn anzunehmen, daß die Anträge auf Bestellung von Kuratoren hauptsächlich von wohlhabenden Minderjährigen ausgingen. Kommt es nicht vor, daß sogar Volljährige aus gleichem Grunde die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig in fremde Hände legen? Und hinzutritt die Erwägung, daß ein junger Mensch, der versuchte selbst zu verwalten, z. B. selbständig das Geschäft seines verstorbenen Vaters weiterzuführen, sicherlich mitunter erfahren haben wird, daß die Aufgabe für ihn unlösbar war, wegen der Abneigung des Publikums, mit ihm in Geschäftsverbindung zu treten. Man darf sich aber weiter auch nicht vorstellen, daß es einem Minderjährigen, der einen administrierenden Kurator hatte, trotz eigener voller Geschäftsfähigkeit gar so leicht gewesen wäre,

dem Kurator in seine Verwaltung hineinzuregieren. Nicht nur, daß dieser jedes nachteilige Geschäft, das der Minderjährige abschloß, wie ich unten wahrscheinlich zu machen suchen werde, mittels in integrum restitutio anfechten konnte: er hatte weiter auch die Kasse in Händen, desgleichen die Urkunden, von ihm empfing der Bankier, der im antiken Geschäftsleben eine so große Rolle spielte, seine Orders, er bestellte die für die Verwaltung erforderlichen Hilfspersonen usw. Das sind für den unternehmungslustigen Mündel recht erhebliche Hindernisse. Geld hat er nur so viel in Händen, als ihm der Kurator gewährt; etwaige Schuldner, um ihre Sicherheit besorgt, weigern sich ihm zu zahlen[1]); der Bankier führt seine Aufträge nicht aus; die Hilfspersonen gehorchen ihm nicht. Da wird ihm seine Geschäftsfähigkeit recht wenig helfen, und der Kurator kann unbesorgt und ungestört seine Verwaltung weiterführen, wohl kaum mehr gestört, als es der curator personarum debilium trotz deren voller Geschäftsfähigkeit war und heute noch ist.

Aber freilich, aus alledem folgt nur, daß ein Administrationsrecht des Kurators denkbar und wahrscheinlich ist, nicht aber, daß er es wirklich besaß. Um dies darzutun, ist es notwendig, die Stellen nachzuprüfen, die dies Administrationsrecht bezeugen, von Solazzi oder Partsch aber, sei es mit Recht oder Unrecht, der Interpolation verdächtigt werden.[2]) Dies Material beschränkt sich, wie sogleich hervorgehoben werden soll, sehr natürlich nicht auf Zeugnisse, die unmittelbar von dem Administrationsrecht handeln; es erstreckt sich vielmehr auf mancherlei andere Materien, die mit dem Administrationsrecht im nahen Zusammenhang stehen, wie z. B. die satisdatio rem adulescentis salvam fore, das privilegium exigendi des Mündels, die Exkusationen u. a. m. Unsere kritische Untersuchung wird auf dies Material in seiner ganzen Ausdehnung einzugehen haben. In erster Linie stehen dabei die Stellen, bei denen die Begründung des Interpolations-

---

[1]) Vgl. D. 4, 4, 7 § 2.

[2]) Solazzi S. 34f., Partsch S. 80f.

verdachts in Zweifel gezogen werden kann oder muß. Aber auch solche Stellen, hinsichtlich deren ich den Interpolationsverdacht teile, können nicht ganz aus dem Spiele bleiben, deshalb nicht, weil ja unter Umständen schon die Tatsache der Interpolation selbst als Argument für die Postklassizität des Administrationsrechts aufgefaßt werden könnte. Indes muß von vornherein betont werden, daß da, wo nichts vorliegt, als daß an die Seite der ursprünglich allein genannten Tutel nachweislich von Kompilatorenhand noch die cura adulescentis gesetzt worden ist, dies Argument jeglicher Kraft entbehrt. Dergleichen Stellen gibt es sehr viele; sie können für uns alle außer Betracht bleiben; denn diese Art Interpolierung erklärt sich sehr einfach, mögen die curatores adulescentium in klassischer Zeit Administration besessen haben oder nicht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß in klassischer Zeit gegenüber der tutela impuberum die cura minorum das weit minder wichtige Institut war. Das beweist für die Zeit vor M. Aurel schon der Umstand, daß diese cura in der nichtjuristischen Literatur überhaupt nicht erwähnt wird. Aber auch in der Zeit nach M. Aurel mußte das Erfordernis eines Antrags des Minderjährigen es mit sich bringen, daß es zur Bestellung eines curator minoris wenn auch im ganzen oft genug, doch nur in einer Minderzahl von Fällen kam. Kein Wunder also, daß die Zahl der Reskripte und Responsen, die sich auf die cura minorum bezogen, gegenüber der der auf die Tutel bezüglichen verhältnismäßig gering war, und wenn nun ein Reskript oder Responsum für die Tutel eine Frage entschied, die für die cura minorum in gleicher Weise zu entscheiden war, so konnte den Kompilatoren nichts näher liegen, als diese erweiterte Anwendbarkeit durch eine leichte Interpolation klarzustellen, ohne daß entfernt daraus geschlossen werden dürfte, daß hier gegenüber dem klassischen Recht eine Neuerung vorliege. Aber weiter: auch das prätorische Edikt enthielt zwar einen Titel de tutelis, aber — aus Gründen, die hier dahingestellt bleiben können — keinen de curationibus, und ebenso sehen wir aus den Resten der Sabinuskommentare, daß hier die Erörterung der Tutel durchaus im Vorder-

grund stand, die Fälle der cura höchstens einmal nebenbei oder anhangsweise berücksichtigt wurden. Wohl werden die Kommentatoren da und dort darauf aufmerksam gemacht haben, daß gewisse Ergebnisse auch für die cura Geltung hätten; in den Einzelentscheidungen aber wird in der Regel nur von der Tutel die Rede gewesen sein. Dasselbe Bild müssen auch die Monographien geboten haben, die sich auf der Tutel und der cura gemeinsame Lehren bezogen. Gesetzt z. B., daß die Mehrzahl der Exkusationsgründe gleichermaßen für Tutel und cura — sei es für cura überhaupt, sei es auch nur für gewisse Arten der cura — Geltung hatten, so wäre es doch eine unerträgliche Pedanterie, ja eine stilistische Unmöglichkeit gewesen, wenn die Schriftsteller, die die Lehre erörterten, nun seitenlang immerfort von tutor vel curator, impubes vel adulescens usw. gehandelt hätten; der gewiesene Weg für sie war vielmehr, die Erörterung in der Hauptsache auf die Tutel zu beschränken, der cura aber nur gelegentliche Anmerkungen zu widmen. Kam nun der Veranstalter einer Kompilation über solche Schriften, so mußte er offenbar, auch wenn er den einzelnen Exzerpten lediglich die von den Schriftstellern selbst beabsichtigte Tragweite geben wollte, notwendig interpolieren.[1]) Aus solchen Interpolationen kann also ganz und gar nicht auf abweichendes klassisches Recht geschlossen werden.

Dazu noch eines. Sowohl von Solazzi wie von Partsch (S. 86) wird großes Gewicht darauf gelegt, daß in manchen, übrigens nicht allzu zahlreichen Stellen, wo von Rechtssätzen gehandelt wird, die mit dem Verwaltungsrecht zusammenhängen, nur der curator furiosi oder prodigi genannt wird, nicht aber der curator adulescentis; daraus

[1]) Das gilt auch von vorjustinianischen Kompilationen. Wenn daher Albertario recht haben sollte, der neuerdings Interpolationen dieser Art in den fr. Vat. nachzuweisen versucht hat (lo sviluppo delle excusationes 1912), so hüte man sich, daraus die Berechtigung zu der allgemeinen Annahme abzuleiten, daß die Schriften der Klassiker schon vor Justinian Gegenstand zahlreicher Interpolationen beliebigen Inhalts gewesen seien. Die Interpolationsvermutungen Albertarios bedürfen übrigens m. E. der sorgfältigsten Nachprüfung. Einzelne darunter werden im folgenden zu besprechen sein.

wird dann gefolgert, daß in anderen gleichartigen Stellen, wo auch letzterer erwähnt wird, diese Erwähnung interpoliert sei. Ich halte das für voreilig. Es gibt schon zu denken, daß in gewissen unter diesen Stellen auch der zweifellos verwaltungsberechtigte curator prodigi und in allen der curator bonorum vermißt wird. Die cura furiosi ist offenbar auch für die Klassiker der weitaus wichtigste Fall der cura und steht daher überall im Vordergrund der Betrachtung. Sodann bleibt es allerdings eine offene Frage, ob das Verwaltungsrecht des Kurators des vollkommen handlungsfähigen adulescens in allen Punkten dem des curator furiosi prodigive an Umfang gleichstand. Wir werden unten sehen, daß der curator minoris zur prozessualen Aktivvertretung seines Mündels in der Regel nicht befähigt war. Das macht es m. E. auch recht zweifelhaft, ob wir, auch wenn wir sonst das Verwaltungsrecht des curator minoris anerkennen, z. B. annehmen dürfen, daß das pactum de non petendo des Kurators dem minor gegenüber wirksam war, ob ferner der Kurator das Recht besaß, durch Eideszuschiebung eine Entscheidung über Angelegenheiten des minor herbeizuführen, gerade Fälle, wo wir in den Quellen neben dem curator furiosi und prodigi den curator adulescentis nicht genannt finden.[1])

Dies vorausgeschickt gehen wir nunmehr zur Prüfung der einzelnen Zeugnisse über.

I. Das Administrationsrecht des Kurators.

Wir beginnen mit den Stellen, die die administratio des curator minoris unmittelbar bezeugen.

Ulp. 26 ad Sab. D. 1, 7, 17 pr.

> Nec ei permittitur adrogare, qui tutelam vel curam alicuius administravit, si minor viginti quinque annis sit qui adrogatur, ne forte eum ideo adroget, ne rationes reddat.

Die Stelle bezieht sich, wenn echt, zweifellos auf den curator minoris, von dessen „administratio" also hier die Rede wäre. Solazzi (S. 34f.) hält aber die Worte

[1]) D. 2, 14, 28 § 1; 12, 2, 17 § 2.

„vel curam“ für interpoliert, weil „curam administrare“ sonst nur in interpolierten Stellen vorkomme, nämlich[1]) in D. 3, 1, 1 § 6; 4, 4, 11 § 2; 4, 4, 47 § 1; 5, 1, 19 § 1; 27, 4, 1 § 3; 37, 9, 1 § 22; 48, 10, 1 § 12. Die Klassiker sprächen nicht von „curam“, sondern von „negotia“ oder auch „res administrare“ (S. 34 f.). Im Nachtrag (S. 297) wird hinzugefügt, daß curam administrare allerdings auch in dem unverfälschten Vat. 201 und in dem wenigstens möglicherweise unverfälschten D. 26, 10, 3 § 3 vorkomme, aber sich da auf die cura mulieris und cura ventris beziehe, Fälle der cura, in denen Solazzi das Administrationsrecht nicht bestreitet. Bei diesem Nachtrag hat er aber vergessen, daß er die Echtheit des „vel curam“ in D. 1, 7, 17 pr. lediglich mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch der Klassiker bestritten hatte, der von „curam administrare“ nichts wisse. Dieses sprachliche Argument wird aber selbstverständlich durch jede echte Stelle widerlegt, wo die Wendung vorkommt, einerlei um welche Art der cura es sich dabei handelt. Übrigens findet sie sich auch in Vat. 187 (cura kalendarii), D. 50, 5, 14 § 1 (cura operis), zwei sicher echten Stellen, und was Solazzi ebenso anstößig sein müßte, curationem administrare in Vat. 231 und D. 27, 1, 30 § 1. So besteht m. E. keinerlei ausreichender Grund, die Worte vel curam in D. 1, 7, 17 pr. zu beanstanden. —

In D. 4, 4, 11 § 2 berichtet Ulpian ausführlich über einen Fall, wo Minderjährige gegen die zu Unrecht erfolgte Exkusation ihres Kurators Restitution begehrten; schließlich wurde entschieden, Restitution sei zwar nicht statthaft, „sed principes intervenire et reducere hunc ad administrationem, qui perperam esset a praetore excusatus“. Ist die Stelle echt, so liefert sie unwiderleglichen Beweis für das bestrittene Administrationsrecht. Sprachliche Anstände bietet sie nicht. Nach Solazzi (S. 36) soll sie gleichwohl interpoliert sein und sich ursprünglich auf die Tutel bezogen haben. Diese Annahme wirft aber den ganzen Tatbestand der Stelle über den Haufen; denn als Antrag-

[1]) Den Nachträgen bei Solazzi S. 297 hinzuzufügen: C. 2, 4, 4; 5, 37, 14.

steller sind zwar adulescentes, nicht aber impuberes denkbar. Gestützt wird die Annahme lediglich darauf, daß die Minderjährigen für die Behauptung, die Exkusation sei unrechtmäßig erfolgt, sich darauf berufen, daß nach Kaiserkonstitutionen eine Exkusation von der Tutel aus solchem Grunde nicht hätte stattfinden dürfen (cum enim susceptam tutelam non alii soleant deponere quam usw.). Dies Argument ist indes ganz zutreffend, da die weitaus meisten Exkusationsgründe zuerst bei der Tutel Anerkennung fanden und von da aus auf die cura erstreckt wurden. Es ist m. E. kein Wort in der Stelle zu ändern. —

Paul. 1 quaest. D. 4, 4, 32:

> Minor viginti quinque annis adito praeside ex aspectu corporis falso probavit perfectam aetatem: curatores cum intellexissent esse minorem perseveraverunt in administratione: medio tempore post probatam aetatem ante impletum vicensimum quintum annum solutae sunt adulescenti pecuniae debitae easque male consumpsit. quaero cuius sit periculum: et quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, ut putarent maiorem esse, et abstinuissent se ab administratione, curationem etiam restituissent, an periculum temporis, quod post probatam aetatem cessit, ad eos pertineat? respondi: hi qui debita exsolverunt liberati iure ipso non debent iterum conveniri. plane curatores, qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio, non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas et debebunt hoc nomine conveniri. quod si et ipsi decreto praesidis crediderunt et administrare cessaverunt vel etiam rationem reddiderunt, similes sunt ceteris debitoribus, ideoque non conveniuntur.

Die Stelle, wenn echt, beweist natürlich die Administrationspflicht der Kuratoren. Meines Erachtens enthält sie, abgesehen von dem Schlußpassus (worüber unten), eine sichere übrigens unbedeutende Korruptel nur in dem Passus: quid si curatores quoque in eodem errore perseverassent, wo das letzte Wort nicht am Platze ist.

Diese Korruptel sieht mir aber — sinnlos, wie das perseverassent hier ist — weit eher nach einem Schreiberversehen aus als nach Interpolation.[1]) Solazzi (S. 37f.) seinerseits läßt in der Stelle kaum einen Stein auf dem andern. Er nimmt trotz C. 2, 42, 3 Anstoß an der hier bezeugten probatio aetatis ex aspectu corporis. Die Feststellung der Volljährigkeit, so meint er, ex aspectu corporis wäre für die Magistrate eine schwere Aufgabe gewesen. So nimmt er denn an, im Urtext sei gar nicht davon, sondern von einer probatio pubertatis und von einer Komplikation die Rede gewesen, die sich aus der bekannten Schulkontroverse über den Pubertätstermin ergeben habe. Hiergegen hat sich mit Recht schon Partsch (S. 79) erklärt. Seinen Ausführungen möchte ich hinzufügen, daß eine so gewalttätige und zugleich in so gutem Latein durchgeführte Interpolation beispiellos sein dürfte.[2]) Was insbesondere die probatio maioris aetatis ex adspectu corporis angeht, so ist sie nicht nur in C. 2, 42, 3 (von Alexander) bezeugt, welche Stelle Solazzi (S. 39[1]) mit ungenügender Begründung beiseite schiebt[3]), sondern auch im C. Gregor. 2, 3, 1 (von Philippus):

> .... si ad circumveniendum emptorem mentitus aetatem ex adspectu te maiorem annis probari effecisti ....

In der Tat: nach welchen sonstigen Kriterien hätten denn die römischen Magistrate einen Streit über die Voll-

---

[1]) Vielleicht stand im Original versantes, und der Schreiber, der noch das kurz zuvor geschriebene perseveraverunt im Ohre hatte, kam durch die Klangähnlichkeit auf perseverassent. Das et hinter esse wäre dann in Konsequenz des Fehlers hinzugefügt worden. Oder stand: versati essent?

[2]) Auch „curationem restituere“ ist, ebenso wie „tutelam restituere“ eine sprachlich tadellose Wendung. Solazzi verdächtigt beide m. E. mit Unrecht. Daß einzelne Stellen, worin die Wendungen vorkommen, interpoliert sind, gebe ich zu, beweist aber nicht die durchgängige Interpolation. Insbesondere ist tutelam restituere in D. 26, 7, 7 § 15 und 28 § 1 m. E. ganz sicher echt.

[3]) Trattandosi di una donna, non si può pensare ad un vero esame corporale. Die Frage ist aber nur, ob eine probatio ex adspectu vorkam, nicht wie dabei verfahren wurde. In dem oben zitierten Reskript des Philippus ist übrigens der Adressat männlichen Geschlechts.

jährigkeit entscheiden sollen, wenn sich der Geburtszeitpunkt nicht erweisen ließ, was trotz der vorgeschriebenen professiones liberorum oft genug vorgekommen sein wird? Daß eine solche Entscheidung unsicher sei, werden sie sich selbst nicht verhehlt haben. Wenn Solazzi dann noch fragt, wie die Kuratoren den volljährig Erklärten hätten verhindern können, seine Forderungen einzutreiben (non debuerunt eum pati accipere pecunias debitas), so dürfte zu diesem Behuf eine einfache Warnung an die Schuldner genügt haben. Anders sucht Partsch (S. 78) der Stelle beizukommen. Er meint, alles, was sich darin auf die Kuratoren beziehe, sei unklassisch; nach klassischem Recht habe der Kurator sein Amt nur durch die magistratische Ernennung und müsse es daher durch die magistratische probatio aetatis verlieren. Das scheint mir keineswegs ausgemacht. Gewiß, der gutgläubige Kurator wurde von der Verantwortlichkeit frei; aber daß man einen administrationspflichtigen Kurator, der, sein besseres Wissen verhehlend, ein solches erschlichenes Dekret benutzte, um sich der unbequemen Last zu entledigen, einfach laufen ließ, dies scheint mir eher unwahrscheinlich, und mindestens ist eine darauf bezügliche Anfrage durchaus verständlich, und wenn Partsch das „intellexissent esse minorem" und das „putarent maiorem esse" wegen des fehlenden Subjektsakkusativs eum sprachlich bemängelt, so hat schon Kalb[1]) darauf hingewiesen, daß derartige Weglassungen bei den Klassikern keineswegs selten sind. Fraglich scheint mir nur, ob die auf die Kuratoren bezüglichen Entscheidungen ganz in diesem Wortlaut von Paulus herrühren.[2]) Sie mögen aus einer umfangreicheren

---

[1]) Roms Juristen S. 96f., Spezialgrammatik S. 282.

[2]) Vgl. dazu Partsch S. 79. Solazzi beanstandet noch die Worte „qui scientes eum minorem esse perseveraverunt in eodem officio". Er meint, es sei doch eine seltsame Belohnung für die so bewiesene Diligenz der Kuratoren, daß man sie nun verantwortlich mache. Aber „perseverare" muß hier nicht ein freiwilliges Ausharren, es kann ebenso einfach das gesetzliche Verbleiben im Amte bedeuten. Vgl. z. B. D. 26, 5, 25; 26, 7, 37 § 2. Auch sonst findet sich perseverare sehr oft gleichbedeutend mit permanere gebraucht, z. B. in furore perseverare (33, 2, 32 § 6), bonorum esse perseverare (49, 15, 12 § 1) und ähnl.

Erörterung, wie sie in einem Quästionenwerk am Platz war, ungeschickt exzerpiert sein. Sachlich anstößig sind sie nicht. —

Ulp. 5 opin. D. 12, 1, 26:

> Si pecuniam militis procurator eius mutuam dedit fideiussoremque accepit, exemplo eo quo si tutor pupilli aut curator iuvenis pecuniam alterutrius eorum creditam stipulatus fuerit, actionem dari militi cuius pecunia fuerit placuit.

Für die Annahme einer Interpolation (Solazzi S. 40, Partsch S. 81) in dieser Stelle spricht gar nichts[1]), gegen sie das tadellos elegante Latein. Dann aber beweist auch sie, daß der Kurator Verwaltungsrecht hatte. —

Ulp. 27 ad ed. D. 13, 5, 5 § 9:

> Si actori municipum vel tutori pupilli vel curatori furiosi vel adulescentis ita constituatur municipibus solvi vel pupillo vel furioso vel adulescenti, utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo vel furioso vel adulescenti utilem actionem.

Die Frage, ob die Erwähnung des curator adulescentis in dieser Stelle auf Justinian zurückzuführen ist[2]) oder nicht, kann dahingestellt bleiben. Gehörte sie schon dem Klassiker an, so bezeugt sie das Administrationsrecht; ließ der Klassiker den curator adulescentis aus, so muß darauf hingewiesen werden, daß auch der curator prodigi übergangen ist, der doch zweifellos Administrationsrecht besaß. —

Weiterhin bezeugen zwei Stellen Ulpians — D. 14, 3, 5 § 18 und 15, 4, 1 § 9 —, daß der curator adulescentis

---

[1]) Auch dann nicht, wenn man mit Solazzi annimmt, daß die actio utilis der Mündel aus Geschäften des Vormundes an gewisse hier nicht genannte Bedingungen geknüpft war. Vgl. Solazzi S. 41 und Bullett. 22 S. 43f. Ich halte übrigens auch dafür den von Solazzi angetretenen Beweis für nicht geführt. Daraus, daß der Vormund nicht ohne Not persönlich stipulieren soll — D. 26, 7, 9 pr. —, folgt m. E. nicht, daß, wenn er es, ohne Not, getan hat, die actio utilis ausgeschlossen ist.

[2]) Solazzi, Bullett. 22 S. 60, Partsch S. 87.

seinen Mündel durch praepositio institoris und durch iussum verpflichten konnte, was ohne Administrationsrecht undenkbar ist. Durchschlagende Verdachtsgründe gegen diese Zeugnisse sind von Solazzi (S. 127) nicht beigebracht. —

Paul. 33 ad ed. D. 18, 1, 34 § 7:

> Tutor rem pupilli emere non potest: idemque porrigendum est ad similia, id est ad curatores procuratores et qui negotia aliena gerunt.

Solazzi (S. 42) meint: „il neutro ‚similia' non piace dove si tratta di persone poste in condizioni simili al tutore" und schlägt vor zu lesen: „idemque porrigendum est ad procuratores et qui negotia aliena gerunt." Natürlich: er muß sich gegen die Stelle wehren; denn das Verbot zu kaufen ist Konsequenz des Administrationsrechts.[1]) Meines Erachtens wird „similia" verdächtig nur durch die nachfolgende mit id est eingeleitete Erläuterung, die sehr wahrscheinlich ganz und gar Glossem oder Interpolation ist. Gerade allein nur die Erwähnung der Kuratoren zu streichen hat man Grund nur, wenn man die These Solazzis ohnehin für bewiesen hält. Die Stelle beweist nichts für und freilich auch nichts gegen diese These. —

Modest. 6 excus. D. 19, 2, 49:

> *Οἱ ἐπίτροποι γενόμενοι ἢ κουράτορες πρὶν ἐκτίσαι τὰ τῆς κηδεμονίας μισθωταὶ Καίσαρος γενέσθαι κωλύονται· κἂν τις ἀποκρυψάμενος τοῦτο προσέλθῃ τῇ μισθώσει τῶν τοῦ Καίσαρος χωρίων, ὡς παραποιήσας κολάζεται· τοῦτο ἐκέλευσεν ὁ αὐτοκράτωρ Σεβῆρος. Κατὰ ταῦτα δὲ καὶ οἱ χειρίζοντες ἐπιτροπὰς ἢ κουρατορίας εἰσὶν κεκωλυμένοι μισθοῦσθαι καὶ παρὰ τοῦ ταμιείου χωρία.*

Solazzi (S. 43) folgert hier die Interpolation nur aus der Wortstellung: der Zusatz von *ἢ κουράτορες* verrate sich dadurch, daß die Worte hinter und nicht vor *γενόμενοι* stünden. Das Argument ist schwach. Meinem Ohr klingt der Rhythmus von *„ἐπίτροποι ἢ κουράτορες γενόμενοι"* hart, härter als der im überlieferten Text;

[1]) D. 18, 1, 46; 26, 8, 6.

täusche ich mich darin nicht, so würde damit die Wortstellung erklärt sein.[1]) Wäre aber auch die Erwähnung der cura hier auf Interpolation zurückzuführen, so wäre damit für die uns beschäftigende Frage nichts bewiesen; dann hätte eben Modestin hier nur von der Tutel gehandelt und sämtliche Kuratoren, auch die unbestritten administrierenden, übergangen. —

Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21, 1, 31 § 14:

> Quod in procuratore diximus, idem et in tutore et curatore dicendum erit ceterisque, qui ex officio pro aliis interveniunt: et ita Pedius ait, et adicit, quibus administratio rerum[2]), culpam abesse praestare non inique dominum cogi.

Nach Solazzi (S. 43), dem Partsch (S. 85[1]) beistimmt, soll hier entweder „et curatore" interpoliert oder hinter curatore die Spezifizierung „furiosi prodigive" ausgefallen sein. Die Stelle an sich gibt keinen ausreichenden Grund zu dieser Annahme. —

Tryphon. 9 disp. D. 23, 2, 67, 4:

> Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem senatus consulti inducit: nam et hic debet rationem reddere. nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in tutore [nec curatore] discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum esse.[3])

Die eingeklammerten Worte sind gewiß interpoliert, und Solazzi (S. 43f.) hat es wahrscheinlich gemacht, daß das Senatuskonsult, das unter M. Aurel und Commodus die Ehe zwischen dem Vormund und der gewesenen Mündel verbot, sich überhaupt nur auf den Tutor, nicht auf den Kurator bezog, und daß das Verbot erst später auch auf diesen erstreckt wurde. Nicht verständlich ist aber, was dies Ergebnis für die uns beschäftigende Frage bedeuten

---

[1]) Man vergleiche im aedilicischen Edikt die Wortstellung: emptoris opera familiae procuratorisve eius.

[2]) committitur, eorum *ins.*

[3]) est *Mommsen.*

soll. Denn Solazzi selbst nimmt, wie schon erwähnt, gewiß mit Recht an, daß der curator mulieris jedenfalls ganz zweifellos administratio hatte. Wenn das Senatuskonsult sein Verbot auf den Tutor beschränkte, so kann der Grund dafür doch nicht der gewesen sein, daß den Kuratoren männlicher Minderjähriger das Administrationsrecht fehlte. —

Ganz und gar erledigt ist die neue Lehre, wenn echte Überlieferung ist, was wir als Äußerung Ulpians (37 ad Sab.) in D. 26, 1, 3pr. § 1 lesen:

> Qui habet tutorem pupillus vel pupilla si furere coeperint, in ea causa sunt, ut in tutela nihilo minus durent: quae sententia Quinti quoque Mucii fuit et a Iuliano probatur eoque iure utimur, ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat. quare si tutores habent, per furorem in curam non rediguntur, sive non habent et furor eis accesserit, nihilo minus tutores accipere poterunt: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat. Quia autem in pupillorum persona adgnatos curatores non admittimus, idcirco putavi et si minor viginti quinque annis furiosus sit, curatorem ei non ut furioso, sed ut adulescenti dari, quasi aetatis esset impedimentum. et ita definiemus ei, quem aetas curae vel tutelae subicit, non esse necesse quasi dementi quaeri curatorem, et ita imperator Antoninus Augustus rescripsit, cum magis aetati quam dementiae tantisper sit consulendum.

Wenn der curator adulescentis so, wie hier entschieden, den curator furiosi ersetzen konnte, muß er offenbar administratio besessen haben. Es versteht sich daher, daß Solazzi (S. 137f.) den § 1 nicht als echt gelten lassen kann. Nun bin ich keineswegs der Meinung, jedes Wort des Berichts in Schutz nehmen zu wollen. Qui habet tutorem im Eingang ist überflüssig, und der Singular paßt nicht zu den folgenden Pluralen coeperint, sunt, durent; wahrscheinlich sind die Worte ein aus dem weiter unten folgenden „si tutores habent“ vorgeholtes Ein-

schiebsel (Glossem oder Interpolation).[1] Die Worte „ut cesset cura, si tutelae aetas indigeat" sind überflüssig und mögen eine Glosse (zu „eoque iure utimur") sein. Dasselbe gilt von „quasi aetatis esset impedimentum". Endlich der Satz „et ita definiemus — curatorem" unterbricht in ungeschickter Weise den Zusammenhang zwischen „putavi" und „et ita rescripsit[2]) und enthält lediglich eine rekapitulierende Zusammenfassung des bereits Gesagten, wie sie eher einem glossierenden Interpreten als Ulpian zuzutrauen ist. Für die Annahme weiterer Korruptelen sehe ich keinen ausreichenden Grund[3]), und tadellos scheint mir vor allem der für uns allein wichtige Eingang und Schluß des § 1, der Bericht Ulpians über die von ihm geäußerte Meinung, daß dem minor furiosus ein curator adulescentis, nicht furiosi, zu bestellen sei, und über das diese Meinung bestätigende Reskript Caracallas. Man fragt sich vergebens, was die Kompilatoren, wenn sie doch einmal interpolieren wollten, hätte veranlassen können, dergleichen Dinge zu erfinden, fragt sich insbesondere vergebens, welchen Inhalt das Reskript Caracallas gehabt haben soll, wenn es den ihm hier zugeschriebenen nicht gehabt hätte. Was Solazzi zugunsten der Annahme einer Interpolation beibringt, ist keineswegs durchschlagend. Daß der curator minoris sonst nur auf Antrag des minor bestellt wurde, ist richtig; aber sehr verständlich würde es sein, wenn der Prätor beim minor furiosus, der doch unter allen Umständen einen curator haben mußte, von diesem Antrag absah. In D. 27, 10,

---

[1]) Umgekehrt meint Solazzi S. 139[3], „si tutores habent" sei una sequela dell' inserzione di „qui habet tutorem".

[2]) Vgl. schon Beseler, Beiträge 2 S. 75.

[3]) Insbesondere scheint mir ohne Belang, was S. a. a. O. gegen die Echtheit des Satzes „quare si" bis „poterunt" vorbringt. „Si noti il sive senza corrispondente": aber si — sive ist klassischstes Latein. „La frase furor accesserit": aber accedere mit bezug auf Krankheiten ist geradezu technischer Ausdruck, vgl. Thes. l. Lat. I col. 263. „Sive non habent et furor eis accesserit: prima è la mancanza dei tutori e poi sopravviene la pazzia": aber jene mancanza besteht auch noch nach dem Eintritt des furor, in der Gegenwart, bis zu dem erst in der Zukunft möglichen tutores accipere; das Präsens habent ist also ganz richtig.

16pr. aus Tryph. 13 disp.[1]) mögen die Worte „quamquam maiori annorum viginti quinque“ interpoliert sein; aber daraus folgt nicht, daß der Kurator, den der Prätor dem furiosus pubes (bei dem gerade dann an einen minor zu denken wäre) bestellt „secutus patris voluntatem“, ein curator furiosi sein mußte; außerdem ist die naheliegende Möglichkeit ins Auge zu fassen, daß die Meinungsäußerung Ulpians und das sie bestätigende Reskript Caracallas jüngeren Datums sind als das 13. Buch der Disputationen Tryphonins.[2]) Solazzi beruft sich nun freilich für die Annahme einer Interpolation weiter noch auf die schon früher von Arnò[3]) entwickelten Gründe, nach denen die Ernennung eines curator adulescentis für den minor furiosus völlig ausgeschlossen sei. Allein auch die Argumentation Arnòs ist nichts weniger als überzeugend. Das Hauptgewicht legt er auf den Unterschied, der in klassischer Zeit zwischen dem völlig handlungsfähigen minor und dem völlig handlungsunfähigen furiosus bestand. Wenn aber die curatores adulescentium, wie wir glauben, Administrationsrecht hatten, so sehe ich nicht ein, inwiefern jener Unterschied für unsere Frage bedeutsam sein soll; bedeutsam wäre er nur dann, wenn durch die Bestellung eines curator adulescentis für den minor furiosus die rechtliche Wirkung seiner Geisteskrankheit aufgehoben würde, was meines Wissens noch von niemandem behauptet worden ist. Arnò führt ferner an (S. 325), daß der curator adulescentis, anders als der curator furiosi, sich nicht um die Person seines Mündels habe zu kümmern brauchen: aber ist es wirklich allzu verwegen, zu unterstellen, daß die römische Obervormundschaft dem curator eines adulescens, wenn dieser geisteskrank war, in dieser Richtung die Pflichten eines curator furiosi auferlegte? Endlich zieht

---

[1]) Si furioso puberi, quamquam maiori annorum XXV, curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur.

[2]) Deren lib. 10 ist noch bei Lebzeiten Getas geschrieben, Ulpians libri ad Sab. zwischen 211 und 217. Vgl. Fitting, Alter und Folge der Schr. röm. Jur. [2], S. 80. 111f.

[3]) Arch. giur. 71 S. 324f.

Arnò (S. 325. 345) für seine These auch noch den Schluß von fr. 3 pr. cit. an: quia lex duodecim tabularum ita accepta est, ut ad pupillos vel pupillas non pertineat; habe man die 12 Tafeln so verstanden, so könne Ulpian nicht eine noch weitergehende einschränkende Interpretation verteidigt haben, dahin, daß sie auch auf puberes minores nicht zu beziehen seien. Das leuchtet durchaus nicht ein. Jene erste Einschränkung war allgemein anerkannt und wird in diesem Sinn von Ulpian referiert; die zweite äußert er als eine bloße eigene Meinung (putavi). Das ist kein Widerspruch, ist vielmehr durchaus verständlich und ist dies um so mehr, wenn wir erwägen, daß die Stelle dem Sabinuskommentar entstammt. Sehr wahrscheinlich entsprach der von Q. Mucius gebilligte Satz auch der Meinung des Sabinus, und mit ihr und ihrer Begründung beschäftigt sich das pr. Im § 1 geht dann Ulpian zu der von ihm, wie es scheint, zuerst vorgeschlagenen Erweiterung über.

Fehlt es so an haltbaren Gründen für die Interpolationsannahme, so müssen wir nun auch weiter fragen: was hätte die Kompilatoren zu einer derartigen Interpolation veranlassen können? Hatten sie irgendeinen praktischen Grund dafür, der nicht schon für Ulpian bestand? Daß die bloße Tatsache der im späteren Recht vollzogenen relativen Annäherung der cura minorum an die tutela impuberum — eine Tatsache, auf die Arnò hinweist — hier eine Rolle gespielt habe, daß also eine Rechtsänderung nur zu dem rein theoretischen Zweck vorgenommen worden wäre, cura minorum und tutela impuberis auch hier zu harmonisieren, ist wenig wahrscheinlich. Sucht man nun nach praktischen Rücksichten, die die Ersetzung der cura furiosi durch die cura adulescentis wünschenswert erscheinen lassen konnten, so möchte man vor allem an die schweren Übelstände denken, die die cura legitima des nächsten Agnaten deshalb mit sich bringen mußte, weil sie ohne vorgängiges Entmündigungsverfahren und in klassischer Zeit überhaupt ohne Intervention der Obrigkeit eintrat. Das war aber eine Erwägung, die gerade nur für Ulpian, nicht aber für die Kompilatoren bestim-

mend gewesen sein könnte; denn im Justinianischen Recht bedarf bekanntlich auch der curator furiosi einer obrigkeitlichen creatio.[1]) Für die Kompilatoren konnten etwa die Schwierigkeiten ins Gewicht fallen, die sich daraus ergaben, daß die cura furiosi von selbst in dem Moment endigte, wo die Geisteskrankheit erlosch. Wie schwer es ist, diese letztere Tatsache mit Sicherheit festzustellen, kann den Römern ebensowenig wie uns verborgen geblieben sein. Daß das Schicksal der cura während der dilucida intervalla kontrovers war, sagt uns Justinian selbst.[2]) Man würde sehr wohl verstehen, daß man wenigstens für Minderjährige diese Unsicherheiten durch Einsetzung einer dauernden cura adulescentis unschädlich zu machen suchte.[3]) Aber auch das war ein Motiv, das, wenn es maßgebend war, offenbar ebenso auch schon für Ulpian bestand, und so sehe ich keinerlei Grund, warum wir die fragliche Neuerung eher den Leuten Justinians als Ulpian selbst zutrauen sollen.

Nur ergänzend füge ich noch hinzu, daß schon der westgotische Gaius 1, 8 auf dem Standpunkt steht, den Solazzi den Kompilatoren zuschreibt: sub curatore sunt minores aetate, maiores eversores insani. Großes Gewicht messe ich dem nicht bei; denn hinge das angebliche Emblem bei Ulpian mit einer inzwischen erfolgten Rechtsänderung zusammen, so könnte diese auch auf die Redaktoren der epitome eingewirkt haben. —

Modest. 1 excus. D. 26, 5, 21, 1:

Ἐὰν μήτηρ ἐπὶ ταύτῃ τῇ αἱρέσει γράψῃ υἱοὺς κληρονόμους, ἐὰν ἀπολυθῶσι τῆς τοῦ πατρὸς ἐξουσίας, ἀπολυθέντων τούτων καὶ διὰ τοῦτο κληρονομησάντων αὐτὸς ὁ πατὴρ κουράτωρ χειροτονηθῆναι οὐ δύναται, κἂν βούληται, ἵνα μὴ ἄλλῃ ὁδῷ τοῦτο ὅπερ οὐκ ἠβουλήθη ἡ διαθεμένη γένηται. καὶ τοῦτο οὕτως ὑπὸ τοῦ θείου Σεβήρου νενομοθέτηται.

Wenn die Mutter ihre Söhne unter der Bedingung, daß der Vater sie emanzipiere, zu Erben eingesetzt hat, kann der Vater, der sie daraufhin emanzipiert hat, nicht

[1]) C. 5, 70, 7 § 6. [2]) C. 5, 70, 6.
[3]) Vgl. auch Arnò a. a. O. p. 339.

zu ihrem Kurator ernannt werden, damit der Wille der Mutter nicht umgangen werde. Die Stelle setzt augenscheinlich voraus, daß der Vater, wenn er Kurator würde, auch Administrationsrecht hätte; sie ist für Solazzis Lehre tötlich. Um sie zu beseitigen, nimmt er (S. 51) an, die emanzipierten Söhne seien noch unmündig gewesen; sonst hätte sich, meint er, gar keine Schwierigkeit ergeben. Die habe nur darin gelegen, daß der parens manumissor gesetzlicher Tutor der emanzipierten Unmündigen gewesen sei. Da man ihm diese Tutel nicht habe nehmen können, habe man die Verwaltung einem Kurator übertragen und zugleich den Vater von dieser cura ausgeschlossen. Mir scheint diese Unterstellung, die im Wortlaut der Stelle nicht den geringsten Anhalt hat, ganz unmöglich. Wären die Söhne noch unmündig gewesen, so würde nichts zu der Annahme berechtigen, daß die Mutter mehr wollte, als den Anfall der Erbschaft an den Vater verhindern. Nur weil sie mündig waren und also, sobald sie emanzipiert waren, das ihnen angefallene Erbe selber zu verwalten berechtigt waren, so lange sie sich keinen Kurator erbaten, war der Schluß gestattet, die Mutter habe auch die Verwaltung des Vaters nicht gewollt, und darum soll ihnen, wenn sie sich einen Kurator erbitten, der Vater nicht als solcher aufgenötigt werden. Mit welchem Recht man den Vater unmündiger Kinder, der sich dem Emanzipationswunsch der Mutter gefügt hatte, der Vollgewalt seiner gesetzlichen Tutel hätte berauben können, ist nicht abzusehen. —

Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 3 pr.:

> Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad edictum scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, praetor uni eorum curationem decernet ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est.

Solazzi (S. 52) meint, im Eingang sei „curatores" für „tutores" interpoliert; der Jurist schließe vom Fall einer Mehrheit von curatores furiosi auf den einer Mehrheit von tutores; erst durch die Aufdeckung der Interpolation

erscheine die Argumentation recht passend. Ich bin vom Gegenteil überzeugt: ein derartiger Schluß wäre im höchsten Grad auffallend. Denn der Fall mehrerer Tutoren beschäftigte die römische Praxis, wie aus den Quellen ersichtlich, alle Tage, sicher weit häufiger als der der plures curatores furiosi; er war sogar im Edikt geregelt, der der plures curatores nicht. Wie sollte man auf den Gedanken kommen, von diesem auf jenen zu schließen? Vielmehr war im Eingang sicher von Kuratoren, nur von Kuratoren anderer Art, wahrscheinlich von curatores minorum die Rede, eine Beziehung, die aus der uns nicht erhaltenen, vorausgegangenen Erörterung klar erhellt haben wird, und zur Unterstützung der hier getroffenen Entscheidung wird darauf verwiesen, daß a u c h in f u r i o s i curatoribus (man beachte die Voranstellung des furiosi) der Prätor einem die Verwaltung zu übertragen pflege. —

Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 5 § 6:

> Post completum vicesimum quintum annum aetatis si nondum rationes redditae sunt nec ad causam instrumenta pertinentia, fidei ac verecundiae curatorum convenit, ut consilio suo coeptam litem perficiant. si igitur cessent in his quae constituta sunt faciendis, magis puto sufficere negotiorum gestorum iudicium etiam si iam actum est, si tamen huius rei ratio reddita non est.

Auch hier vermutet S o l a z z i (S. 52) Interpolationen: nicht von Kuratoren, sondern von Tutoren habe das Original gehandelt; im Eingang habe statt „vicesimum quintum" gestanden: „decimum quartum", und weiter sei hinter „si iam" ausgefallen „tutelae iudicio". Das kann nur billigen, wer von vornherein von der Richtigkeit der Lehre S o l a z z i s überzeugt ist. Wozu eine derartige Interpolation, da doch die Entscheidung für das tutelae iudicium gewiß weit eher auf Skrupel stoßen konnte, als für die n. g. actio? Die Erörterung steht in engem Zusammenhang mit der des analogen Falls in § 5: dem, was in § 5 über die Tragweite des tutelae iudicium gesagt war, wird in § 6 der Fall des iudicium negotiorum gestorum gegenübergestellt. „Etiam si iam actum est" heißt: auch

wenn Litiskontestation mit actio n. g. bereits stattgefunden hat. Dieser weitere Anspruch ist dadurch nicht konsumiert. —

Callistr. 4 cogn. D. 26, 7, 33 § 1:

> Officium tutorum curatoribus constitutis finem accipit ideoque omnia negotia quae inita sunt, ad fidem curatorum pertinent: idque etiam divus Marcus cum filio suo Commodo rescripsit.

Diese für seine These sehr bedenkliche Stelle beseitigt Solazzi (S. 55) durch die Vermutung, der Originaltext habe etwa gelautet:

> Officium tutorum pupillis puberibus factis finem accipit, sed omnia negotia quae inita sunt ad fidem tutorum pertinent *rell.*

Die Begründung dieser recht weitgehenden Konjektur ist m. E. keineswegs ausreichend. Ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß der überlieferte Text nicht besagen will (so deutet ihn Solazzi[1]), die Amtspflicht der Tutoren endige immer erst, wenn Kuratoren ernannt seien: daß, so lange die Ernennung von Kuratoren vom Antrag der Minderjährigen abhing, ein solcher Satz unmöglich war, liegt freilich auf der Hand. Der Text besagt bloß und will nur besagen —, daß, wenn und sobald Kuratoren ernannt seien, das officium tutoris seine Endschaft erreiche und die Kuratoren sich daher auch der negotia inita anzunehmen hätten. Das setzt allerdings ihre Administrationspflicht voraus. —

Papin. 5 respons. D. 26, 27, 39 § 15:

> Adulescens tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores, qui tutelam ad se neglegentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque enim tutelae iudicio consumptum videtur, quod alterius officii querellam habuit.

Auch hier müssen bei Solazzi (S. 56f.) die Kuratoren weichen; er ersetzt sie durch tutores non gerentes, die ihre Pflicht nicht getan haben.

---

[1]) und wohl auch Partsch a. a. O. S. 89[3].

Die Gründe scheinen mir auch hier unzureichend. Daß zwischen actio tutelae und actio negotiorum gestorum kein wechselseitiges Konsumtionsverhältnis bestehe, sei zu selbstverständlich als daß es hätte ausgesprochen zu werden brauchen. Aber wenn die Kuratoren sich auf Konsumtion berufen hatten, konnte Papinian sich der Entscheidung nicht entziehen, und ich meine, selbstverständlicher als bei dem Schadlosbürgen, wo die analoge Frage in den Quellen öfter behandelt wird, ist die Rechtslage auch hier nicht. Die Wendung „tutelam ad se transferre" wird angezweifelt; sie sei, auf Kuratoren bezogen, unmöglich, ebenso wie die ähnliche „tutelam restituere"; ich halte beide für an sich unverdächtig[1]), — tutela bedeutet hier freilich nicht das Amt des Tutors, sondern die vormundschaftliche Verwaltung. Würde es sich um tutores non gerentes, statt um Kuratoren handeln, so wäre es jedenfalls nicht weniger auffallend, daß von Übertragung der „tutela" auf solche, die doch schon tutores sind, gesprochen wird, statt von Übernahme der gestio. Entscheidend für die Echtheit der „curatores" ist die Wendung „alterius officii" am Schluß; es steht ein alterum officium, ein anderes Amt in Frage, nicht das gleiche Amt, das nur auch noch von andern Personen bekleidet wird. —

Hermogen. 1 epit. D. 26, 7, 48.

> Inter bonorum ventrisque curatorem et inter curatorem furiosi itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe cum illis quidem plane rerum administratio, duobus autem superioribus sola custodia et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.

Solazzi (S. 62) glaubt, „pupillive" sei wahrscheinlich Einschiebsel[2]), legt aber unter allen Umständen Gewicht auf das factum, daß hier unter den administrationsberechtigten Kuratoren der curator adulescentis nicht aufgeführt sei. Partsch (S. 85[1]) hält die Stelle aus diesem Grund

---

[1]) Vgl. oben S. 141 n. 2.

[2]) Solazzi folgert dies aus der Abwechslung zwischen que und ve. Aber itemque bezieht sich nicht auf „prodigi" allein, sondern auf „prodigi pupillive".

sogar für die klassische Kardinalstelle. Mir scheint es, gegenüber den zahlreichen Stellen, die die Administration auch des letzteren bezeugen, zunächst schon sehr bedenklich, aus einer bloßen Auslassung Schlüsse zu ziehen, zumal die Tatsache der Auslassung nicht einmal ganz sicher ist, da pupillive in dem weiteren Sinn des jugendlichen Pflegebefohlenen überhaupt gebraucht sein könnte, worin das Wort, trotz neuerlicher Bestreitung, auch sonst vorkommt[1]); ein Sprachgebrauch, der bei einem späten Schriftsteller wie Hermogenian am wenigsten wundernehmen dürfte. Überdies aber ist der ganzen Stelle mit äußerster Vorsicht zu begegnen. Die Behauptung, die sie für den curator bonorum aufstellt — er habe der administratio rerum ermangelt —, trifft nicht zu, vgl. D. 42, 7, 2 § 1, auch 37, 10, 5 § 5. Sprachlich anstößig ist das wiederholte inter: inter... curatorem et inter curatorem...... magna est differentia! Es fragt sich, in welchen Zusammenhang wir die Äußerung zu setzen haben. In meiner Palingenesia Hermog. 21 habe ich sie zur Lehre von der Vertretung des Klägers gestellt; sollte damit das Richtige getroffen sein, so wäre die Weglassung des curator adulescentis ohne weiteres erklärt, da dieser (worüber weiter unten) auch nach meiner Ansicht kein Recht zur prozessualen Vertretung seines Mündels hatte. Wahrscheinlicher ist aber eine andere Beziehung, die sich aus Herm. 1 D. 50, 4, 1 § 4 ergibt:

> Aeque personale munus est tutela, cura adulti furiosive item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum potum tectum et similia. sed et in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur ac, ne debitores liberentur, providetur.[2]) item ex Carboniano edicto bonorum

---

[1]) In diesem Sinne ist es m. E. zu verstehen in D. 26, 7, 46 pr. (dagegen Solazzi p. 61); 4, 4, 47 § 1; 26, 8, 21 (wo auch Partsch S. 85[1], entgegen Solazzi p. 120. 66, die Gleichung pupillus = adulescens gelten läßt); weiter 23, 2, 20, wo die Annahme Partschs S. 91[3], an Stelle des Kurators habe hier im Original der Tutor gestanden, unmöglich ist; denn eine impubes kann nicht „nubere" (Solazzi p. 134 erklärt die pupilla l. c. für die ex-pupilla; es ist aber nicht abzusehen, warum hier auf die frühere Tutel hingewiesen worden sein sollte).

[2]) Der Passus etiam .... providetur ist aus Ulp. 41 ad edict. D. 37, 9, 1 § 19. 21 entnommen, ob schon von Hermogenian oder von

possessione petita, si satis non detur, custodiendis bonis curator datus personali fungitur munere. his similes sunt bonis dati curatores, quae fuerunt eius, qui ab hostibus captus est et reverti speratur: item custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit, curatores constituti.

Gehört die obige Stelle in den Zusammenhang dieser Untersuchung über die munera personalia, so verstärkt sich der durch die sprachliche Inkorrektheit und die sachliche Ungenauigkeit begründete Verdacht. Wir sehen, daß in D. 50, 4, 1 § 4, wo es auf strenge Genauigkeit nicht ankam, die Aufgabe eines curator bonorum wiederholt als custodia bonorum bezeichnet wird, und die Annahme liegt ungemein nahe, daß gerade daher die falsche Charakteririsierung des curator bonorum stammt, der wir in fr. 48 cit. begegnen, d. h. daß sie auf ein Mißverständnis der Kompilatoren zurückzuführen ist. Dann aber hätten wir weiteren Grund, der ganzen Gegenüberstellung im Eingang des fr. 48 mit ihrem inter et inter zu mißtrauen. Die Stelle mag aus einer Anmerkung hervorgegangen sein, die Hermogenian, irgendeinem Vorbild folgend, über den curator ventris machte, und die die Kompilatoren benutzten, um die magna differentia zu entwickeln. —

Paul. 2 decret. D. 26, 7, 53.

Die Stelle legt den säumigen Kuratoren die Gefahr des Insolventwerdens der Tutoren auf und bezeugt so deren Administrationspflicht, genau so, wie die (s. S. 153) mit Unrecht verdächtigte D. 26, 7, 39 § 15. Ihr Text weist aber erhebliche Lücken auf, und dies gibt Solazzi (S. 63) den Anhalt, sie ebenfalls beiseite zu schieben. Es dürfte aber schwer fallen, auch mittels kühnster Interpolationsvermutungen, der hier getroffenen Entscheidung irgendeinen Sinn abzugewinnen, wenn es nicht dieser ist. —

Scaev. 11 dig. D. 26, 7, 52 § 4:

---

einem späteren Glossator, wage ich nicht zu entscheiden. Letzteres ist mir aber wahrscheinlicher; denn die ganze Erläuterung über die besondern Aufgaben des curator ventris ist an dieser Stelle nicht am Platze.

Quaesitum est, an usurae pupillaris pecuniae, quas tutores debuerunt, cum ad curatorem transferuntur, in sortem computantur et universae summae usuras debere curatores incipiant. respondit omnis pecuniae, quae ad curatores transit, parem causam esse, quia omnis sors efficitur.

Die Stelle ist, bis auf den wohl auf Abschreiberversehen zurückzuführenden Indikativ computantur, sprachlich tadellos und beweist, daß im vorliegenden Fall der Kurator als administrierend gedacht war.[1] Solazzi (S. 63) glaubt, sie auf folgende Weise unschädlich machen zu können. In § 1 desselben Fragments ist die gleiche Frage für den Fall entschieden, daß ein Tutor aus dem Nachlaß eines vorverstorbenen Mittutors Mündelgelder und Zinsen eingetrieben hatte; hier lautet aber die Entscheidung nicht so knapp und klar, wie in § 4, sondern operiert mit Unterscheidungen, die in § 4 nicht gemacht werden. Der Stil in § 1 ist nicht von der Eleganz, die wir an Scävola gewohnt sind, ebenso wenig freilich weitläufig-schwülstig in der Art der Kompilatoren. Ich möchte vermuten, daß hier eine Note Tryphonins ungeschickt in das Responsum hineingearbeitet worden ist. Anders Solazzi. Er schreibt, Mancaleoni[2]) folgend, die Entscheidung in § 1 Tribonian zu. Durch diese Interpolation sei nun aber, meint er, das echte Responsum Scävolas disponibel geworden, die Kompilatoren hätten es vom Contutor auf den Kurator übertragen und als § 4 dem Fragment angefügt. Man erwäge: die Kompilatoren hätten danach ein Responsum Scävolas an seiner ursprünglichen Stelle durch ein Responsum eigenen Fabrikats ersetzt, also verworfen, es aber dennoch mit einer den Kern der Frage nicht berührenden Veränderung des Tatbestands an anderer Stelle aufgenommen. Ist ein solches Verfahren denkbar? —

---

[1]) Freilich nicht gerade als kraft Amts administrierend. Partsch (S. 81) räumt daher die Stelle dadurch aus dem Wege, daß er den curator als bloßen negotiorum gestor faßt.

[2]) Contributo allo studio delle interpolaz. (Filangieri 1901) p. 18.

Scaev. 26 dig. D. 26, 8, 21:

Defendente tutore pupillus condemnatus ex contractu patris accepit curatorem. inter quem et creditorem acta facta sunt apud procuratorem Caesaris infra scripta. Priscus procurator Caesaris dixit: 'faciat iudicata'. Novellius curator dixit: 'abstineo pupillum'. Priscus procurator Caesaris dixit: 'responsum habes: scis, quid agere debeas'. quaesitum est, an secundum haec acta adulescens a bonis patris abstentus sit. respondit proponi abstentum.

Die Stelle beweist, daß der curator adulescentis die Befugnis hatte, für seinen Mündel vom beneficium abstinendi Gebrauch zu machen, also Administrationsrecht besessen haben muß. Solazzi (S. 66) zweifelt, „se il passo sia interamente genuino", insbesondere ob nicht das Original von einem curator impuberis gesprochen habe. Für diese Zweifel bietet der Text keinen Anhalt. Ebensowenig scheint mir Partschs (S. 81) Ausweg gangbar, den Kurator hier als einfachen negotiorum gestor zu denken; ein bloßer Geschäftsführer kann nicht sagen: abstineo pupillum. —

Ulp. 1 opin. D. 26, 9, 2:

Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit [vel praedia in nomen suum emerit], utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad [rem vindicandam vel] mutuam pecuniam exigendam.

Abgesehen von dem Eingeklammerten[1]) halte ich die Stelle für echt, für echt also die utilis actio ad mutuam pecuniam exigendam[2]); dafür daß, wie Solazzi (S. 67) will, „vel curator" interpoliert sei, spricht kein entscheidender Grund. Partsch (S. 81) faßt auch hier den curator als bloßen negotiorum gestor. —

Ulp. 1 de omn. trib. D. 27, 2, 3 pr. § 5.

---

[1]) Vgl. dazu Eisele, ZSS. 13, S. 127f., Mancaleoni, Contrib. alla storia ed alla teoria della r. v. utilis S. 6f.

[2]) Wegen D. 26, 7, 9 pr. (worauf sich Solazzi, Bullett. 22, S. 65 für das Gegenteil beruft), vgl. oben S. 143 n. 1.

Die Stellen sind, wie Gradenwitz gezeigt hat[1]), interpoliert. Ulpian handelte von dem ius alimentorum decernendorum, das der Prätor gegenüber dem tutor impuberis in Anspruch nahm. Den curator adulescentis hat ihm in diesen Texten erst Tribonian an die Seite gestellt. Das beweist aber nicht im geringsten, daß in klassischer Zeit das Maß der einem minor pubes zu gewährenden Alimente seinen Kurator nichts anging, woraus dann Schlüsse auf das Fehlen des Administrationsrechts gezogen werden könnten. Von Amtswegen das Maß der Alimente des minor pubes zu bestimmen, hatte nach der Anschauung der klassischen Zeit der Prätor allerdings keine Veranlassung. Der minor war, anders als der impubes, in der Lage, seine Interessen selbst zu wahren. Waren er und der Kurator hinsichtlich des Maßes der Alimente einig, so wird sich der Prätor um die Frage nicht weiter gekümmert haben. Waren sie es nicht, so konnte es dem minor überlassen bleiben, ein Eingreifen des Prätors herbeizuführen. Daß auch Minderjährigen durch den Prätor Alimente dekretiert wurden, wird durch Paul. 3 resp. D. 10, 2, 38 dargetan.[2]) Diese Stelle, (die zugleich auch die curatores adulescentium eine Erbteilung vornehmen läßt) eben deshalb für interpolationsverdächtig zu erklären (Solazzi S. 130), scheint mir in keiner Weise gerechtfertigt. —

Paul. 9 resp. D. 27, 3, 23:

> Convento herede tutoris iudicio tutelae curatorem eiusdem neque ipso iure liberatum videri neque exceptionem rei iudicatae ei dandam: idemque in heredibus magistratuum observ̄andum.

Die Stelle beweist die Verantwortlichkeit und also auch die Administrationspflicht des Kurators. Solazzi (S. 70) nimmt Anstoß an dem beziehungslosen „eiusdem“ und will, sehr kühn, curatorem durch sponsorem ersetzen, ein Wort, das aber, wenn es im Original gestanden hätte, sicher wie

---

[1]) Grünh. Zschr. 18 S. 342f.

[2]) Dagegen ist in C. 5, 50, 2 die Erwähnung der iuvenes interpoliert. Das Reskript entschied nur den vorgelegten Fall. Gradenwitz, Grünh. Zschr. 18, S. 342, Solazzi S. 93.

überall durch fideiussorem ersetzt worden wäre. Die Beziehungslosigkeit des eiusdem erklärt sich sehr einfach daraus, daß es sich um ein Responsum handelt und die Anfrage weggelassen ist, aus der sich die Beziehung ergab. —

Ulp. 36 ad ed. D. 27, 4, 1 § 3.

Wieviel an dieser Stelle interpoliert ist, ist schwer zu sagen[1]); jedenfalls beweist sie eher für als gegen das Administrationsrecht des curator minoris. Sie bleibt am besten ganz außer Betracht. —

Mod. 10 resp. D. 34, 3, 20 § 1.

Die Stelle ist m. E. durchaus echt, die Vermutung Solazzis (S. 73), statt von Kuratoren sei im Urtext von Tutoren die Rede gewesen, sehr unwahrscheinlich, auch die für die Interpolationsannahme angeführten sprachlichen Merkmale bedeutungslos.[2]) Aber die Stelle beweist freilich weder Recht noch Pflicht der Kuratoren zur Administration, sondern nur die Tatsache, daß sie tatsächlich administrieren konnten.[3]) Das ist ohne Belang. —

Ulp. 3 fideic. D. 36, 1, 1 § 12:

> Sed et si tutor vel curator adulescentis vel furiosi rogatus sit restituere hereditatem, sine dubio Trebelliano locus erit.

Solazzi (S. 74): „Il passo insegna una banalità. Chi può dubitare che si applichi il Trebelliano, se il tutore o curatore 'rogatus sit restituere hereditatem'?" Ein solcher Zweifel war aber sehr wohl möglich, da die rogatio sich eigentlich an den zum Erben eingesetzten Mündel hätte

---

[1]) Vgl. Solazzi S. 70f. und die dort Angef.

[2]) Insbesondere ist die Wendung „in fatum concedere" wiederholt in den Reskripten Gordians nachweisbar: C. 6, 30, 3; 7, 66, 4. 5; 8, 42, 4. Die Übereinstimmung zwischen dem Stil des Kaisers und eines gleichzeitigen namhaften Juristen ist schwerlich zufällig.

[3]) So auch Partsch S. 79[1]. Umgekehrt beweist freilich die Stelle auch nicht, daß der Minor, trotz Bestellung von Kuratoren, die Verwaltung beliebig in die eigene Hand nehmen konnte. Auf die Wahrheit der testamentarischen „confessio" kam offenbar für die Entscheidung garnichts an.

richten müssen.[1]) Für Interpolation spricht nichts. Ist sie echt, so beweist sie das Vertretungsrecht des curator minoris bei der restitutio hereditatis. —

Paul. 54 ad ed. D. 41, 2, 1 § 20.

Wenn echt, beweist der Eingangssatz „per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur", daß der curator den minor beim Besitzerwerb vertreten konnte, also Administrationsrecht besessen haben muß. Durchschlagende Gründe für Interpolation sind zwar von Gradenwitz und Seckel hinsichtlich des folgenden Satzes der Stelle beigebracht, nicht aber hinsichtlich des ersten. —

Ulp. 73 ad ed. D. 42, 8, 10 § 5:

Ait praetor 'sciente te', id est eo, qui convenietur [hac actione].[2]) quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? videamus, an [actioni][3]) locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adulescentis. et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit.

Die Stelle handelt vom interdictum fraudatorium. Solazzi (S. 77) muß natürlich vom Standpunkt seiner These aus die Worte „et adulescentis" für interpoliert erklären. Anderweite früher von ihm für die Interpolation des ganzen Satzes beigebrachte Gründe hält er selbst heute nicht mehr für ausreichend.[4]) —

Ulp. 76 ad ed. D. 44, 4, 4 § 24a. 25:

Secundum haec magis opinor de dolo tutoris exceptionem pupillo esse obiciendam. Quae in tutore diximus, eadem in curatore quoque furiosi dicenda erunt, sed in prodigi vel minoris viginti quinque annis.

Auch hier fordert die These Solazzis, aber auch nur sie, die Unterdrückung der Erwähnung des curator mi-

---

[1]) Vgl. C. 6, 42, 20; D. 31, 69 § 2. Die Frage ist augenscheinlich von den Juristen eingehend erwogen worden.

[2]) hoc interdicto *Ulp.* [3]) interdicto *Ulp.*

[4]) Bullett. 24 S. 157[4].

noris XXV annis.[1]) Sonst ist der Schluß auf Administrationsrecht des curator minoris unvermeidlich. —

Ulp. 41 ad Sab. D. 47, 2, 33:

Tutor administrationem quidem rerum pupillarium habet, intercipiendi autem potestas ei non datur: et ideo si quid furandi animo amoverit, furtum facit nec usucapi res potest. sed et furti actione tenetur, quamvis et tutelae agi cum eo possit. quod in tutore scriptum est, idem erit et in curatore adulescentis ceterisque curatoribus.

Wirklich entscheidende Gründe für die Interpolation des Schlußsatzes, der, wenn echt, den curator adulescentis als administrations- oder doch jedenfalls als gewahrsamsberechtigt erweist, hat Solazzi (S. 80)[2]) nicht beigebracht. Interpolation ist hier um so weniger anzunehmen, als Ulpian, auch wenn man sich hinsichtlich des curator minoris auf den Standpunkt Solazzis stellen dürfte, doch jedenfalls den curator furiosi und prodigi hier zu erwähnen dringendste Veranlassung hatte. Hätte er diese aber erwähnt, und Tribonian hätte bloß noch den curator adulescentis hinzufügen wollen, so würde die Interpolation anders aussehen; wir müßten dann etwa erwarten: idem erit in curatore furiosi prodigive sive adulescentis. —

Marcian. 14 instit. D. 48, 10, 1 § 9—12.

Ich zweifle nicht, daß hier die Erwähnung der cura überall interpoliert ist (Solazzi S. 81); es geschah das in analoger Ausdehnung des in der Stelle erwähnten Reskripts, das sich auf einen Tutor bezog. Die Stelle beweist daher nichts für das Administrationsrecht des curator minoris, aber natürlich auch nichts dagegen. —

C. 2, 4, 4 (Alexander) beweist tatsächliche Admini-

---

[1]) Statt sed in (prodigi etc.) wird, wie so oft, zu lesen sein: sed et in.

[2]) Vgl. auch Partsch S. 85 n. 1. Ich fasse das „quod in tutore scriptum est“ als scriptum a Sabino auf (Paling. Ulp. 2864), den ganzen Schlußsatz als Adnotation Ulpians dazu. Solazzi wendet ein, „quod scriptum est“ komme in diesem Sinne sonst nicht vor. Aber „scriptura“ kommt so vor (D. 9, 2, 15 pr.; 28, 5, 1 § 3; 45, 1, 1 § 6 und sonst), und ebenso „quod dictum est“ (z. B. 28, 6, 2 § 7); warum also nicht auch „quod scriptum est“?

stration, aber freilich nicht Administrationsrecht, ebenso C. 3, 1, 4 (Alexander) und wohl auch C. 5, 37, 1 (Sev. et Anton.). Solazzi (S. 84f.) hält die Stellen — ohne Not, auch von seinem Standpunkt aus — für interpoliert. —

C. 5, 4, 8 (Gordian):

> In copulandis nuptiis nec curatoris, qui solam rei familiaris sustinet administrationem, nec cognatorum vel adfinium ulla auctoritas potest intervenire, sed spectanda est eius voluntas, de cuius coniunctione tractatur.

Die ganz unverdächtige Stelle, die das Administrationsrecht des Kurators bezeugt, wird von Solazzi (S. 85) dadurch aus dem Wege geräumt, daß er sie auf einen curator mulieris deutet, dem ja auch nach seiner Ansicht Verwaltungsrecht zustand. Für diese Deutung beruft er sich darauf, daß in der Übersetzung der Basiliken (28, 4, 29) die Entscheidung in der Tat für eine weibliche Person (κόρης γαμουμένης) gegeben erscheint. Adressat des Erlasses ist aber ein Mann, und im Text des C. Iust. weist nicht nur nichts auf jene Deutung hin, sondern, so verstanden, würde die Stelle in Widerspruch zu c. 20 des gleichen Titels treten. Man müßte, um Solazzi beistimmen zu können, annehmen, daß der Basilikenübersetzung eine vorjustinianische Quelle zugrunde liegt, was möglich, aber nicht erwiesen ist. —

C. 5, 37, 2 (Sever. et Anton.):

> Adversus curatorem adulescentis, cui collegae dati estis, quamdiu administratio communis durat, exerceri iudicium non potest.

Das Reskript verbietet den Mitkuratoren während der Dauer der gemeinsamen Administration die Erhebung der actio (negotiorum gestorum) gegen ihren Kollegen.[1]) Das setzt doch wohl Administrationsrecht aller voraus. Solazzi (S. 87) hält die Stelle trotz ihrer tadellosen Fassung für interpoliert. —

---

[1]) Vgl. dazu Peters, ZSS. 32 S. 278.

C. 5, 37, 8 (Alex.):

> Etsi scisses te curatorem datum nec administrasses, ceteris curatoribus et administrationem peragentibus et sufficientibus damno praestando contra te actio dari non potest. si autem nescisses curatorem (te) datum, etiamsi solvendo ceteri non sint, damni periculum ad te non redundabit.

Das Reskript geht ganz klar von der Administrationspflicht aus. Gründe für Interpolationsverdacht (Solazzi S. 88) fehlen. —

C. 5, 37, 14 (Philipp.) verbietet Einforderung der rationes curae administratae durante officio vor erreichter Volljährigkeit. Das ist allerdings nicht klassisches Recht. Interpolation ist wohl wahrscheinlicher als Rechtsänderung schon zur Zeit des Philippus Arabs. Aber gegen das Administrationsrecht des Kurators ist damit nichts bewiesen. —

C. 5, 39, 1 (Carac.) und C. 5, 39, 3 (Gordian.) sind zweifellos interpolierte Stellen. Wieweit die Interpolation geht, kann hier dahingestellt bleiben.[1]) Denn keinesfalls sind die Interpolationen derart, daß sie zugunsten der These Solazzis in die Wagschale fallen; der Interpolationsverdacht nimmt den Stellen nur ihre Beweiskraft gegen ihn. —

C. 5, 48, 1 (Philipp.):

> Tutores qui necdum administrationis rationem *reddiderunt neque administrationem*[2]) ad curatores transtulerunt, defensioni causarum pupillarium adsistere oportere saepe rescriptum est. . . . . . .

Die Stelle tut dar, daß, wenn der Minor Kuratoren hatte, es ihre Sache war, die Verwaltung weiterzuführen — die Worte „ad curatores“ mit Solazzi (S. 93) zu beanstanden ist Anlaß nur für den, der seine These als bewiesen ansieht.

---

[1]) Solazzi S. 90. 91 kann ich nicht durchweg beitreten.

[2]) Ergänzt von Mommsen nach Bas. 38, 9, 14: *Οἱ ἐπίτροποι οἱ μηδέπω λόγους τῆς ἐπιτροπῆς δεδωκότες μηδὲ μετενεγκόντες τὴν διοίκησιν ἐπὶ τοὺς κουράτωρας.*

Solazzi findet einen Verdachtsgrund auch in folgendem: rilevare il trapasso dell' amministrazione è inutile e non esatto, perchè i tutori, dopo che il pupillo ha raggiunto la pubertà, non conservano il ius administrationis e solo hanno l'obbligo di compiere gli atti iniziati, e nella specie ciò che li esime dal dovere di continuare la lite è il rendimento dei conti. Aber bei der translatio administrationis ist offenbar nicht an eine Übertragung des ius administrandi, sondern einfach an die tatsächliche Übergabe der Verwaltung gedacht, und daß die Tutoren, solange diese nicht erfolgt ist, (zwar nicht etwa selbst den Prozeß fortzuführen, wohl aber) den Kuratoren im Prozeß zu assistieren haben, ist nur natürlich. —

C. 5, 51, 3 (Carac.):

> Curator qui post decretum praesidis, sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, praedium sibi comparavit, elige, utrum malis in emptione tibi negotium eum gessisse, an, quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus partem religionis implebit.

Die Stelle ist sicherlich nicht unberührt; das beweist der in der Luft schwebende Nominativ „curator" und die Diskrepanz zwischen curator im Eingang und tutelae iudicium am Schluß, die m. E. durch keine Auslegungskunst zu beseitigen ist.[1]) Solazzi (S. 95) vermutet, „curator" sei für „tutor" interpoliert. „Tutor" würde aber ebenso beziehungslos dastehen, wie jetzt „curator" und warum den tutor streichen, für den die Entscheidung doch jedenfalls ganz zutreffend war, und ihm nicht vielmehr, wie sonst gewöhnlich, den curator einfach an die Seite setzen[2]) ?

---

[1]) Alibrandis Erklärung (Bull. 2 S. 158) — der „curator" des Reskripts sei zur Zeit des Kaufs noch Tutor gewesen —, von Partsch (S. 70) gebilligt, wird von Solazzi mit Recht als künstlich bezeichnet. Für die Entscheidung wäre es danach ganz gleichgültig gewesen, daß der Beklagte jetzt curator ist. Unwesentliches pflegen aber die Reskripte nicht anzugeben.

[2]) Gegen Solazzi auch Partsch a. a. O. mit Rücksicht auf das bekannte Scholion des Thaleläus zu unserer Stelle (Bas. 38, 3, 28):

Ich möchte eher annehmen, daß „curator" ein in den Urtext eingedrungenes ungeschicktes Glossem aus nachklassischer Zeit ist, d. h. daß der Urtext erst mit „qui" begann und die Vormundseigenschaft des Beklagten gar nicht ausdrücklich angab, sondern aus dem Zusammenhang erraten ließ. Mit voller Sicherheit ist das Rätsel nicht zu lösen. Als Beweis gegen Solazzis These kann die Stelle nicht dienen, ebensowenig aber als Beweis für sie. —

C. 5, 62, 2 (Sever. et Anton.).

> Si curatores dati estis generaliter nec decreto significatum est Italicarum tantum rerum vobis munus adiunctum, adire debetis competentem iudicem, ut vos a provinciali administratione liberet. quod si factum fuerit, petent sibi in provincia curatores adulescentes.

Beweist die Administrationspflicht. Die Annahme Solazzis (S. 106), curatores stehe hier statt eines ursprünglichen tutores, ist ebenso unwahrscheinlich wie in der letztbesprochenen Stelle. —

Eine besondere Betrachtung widmet Solazzi (S. 110f.) der Veräußerung von Mündelsachen, insbesondere der oratio Severi und deren Erläuterung durch die Klassiker. Er nimmt, Alibrandi[1]) folgend, an, diese oratio habe sich nur auf die tutores und praedia impuberum, nicht auf die curatores und praedia minorum bezogen; die Worte „et curatoribus" in ihrem Eingang seien den Kompilatoren zuzuschreiben. Darin findet er eine Bestätigung dafür, daß zur Zeit der oratio — 195 n. Chr. — die curatores adulescentium Verwaltungs- und Veräußerungsrecht überhaupt nicht besessen hätten. Die Meinung Alibrandis nun dürfte in der Tat zutreffen. Es fällt zunächst ins Gewicht, daß die Person des Mündels in der oratio lediglich mit dem Wort pupillus bezeichnet wird. Ohne weiteres durchschlagend ist ja dies Argument an sich nicht, da, wie bereits bemerkt[2]), das Wort pupillus schon bei den Klassikern in dem wei-

---

Thaleläus, der den Urtext zu kennen pflege, habe so nicht schreiben können, wenn er gewußt hätte, daß dort „tutor" stand.

[1]) Bullett. 2 S. 154f. [2]) Vgl. oben S. 155 n. 1.

teren Sinne vorkommt, worin es auch den minor pubes unter Kuratel umfaßt. Immerhin wäre es befremdend, wenn dieser erweiterte Sprachgebrauch auch in einem quasigesetzgeberischen Akt begegnete, um so mehr, als, wenn die Worte „et curatoribus" echt sein sollten, der Gebrauch des bloßen Wortes „pupillus" es hätte nahe legen müssen, bei den Kuratoren an curatores pupillorum, nicht minorum zu denken. Für Alibrandi spricht dann weiter sehr entschieden die Tatsache, daß die Klassiker in ihren Erläuterungen zu der oratio fast durchweg nur von Tutor und Pupillen reden, und daß in den verhältnismäßig wenigen Stellen, wo wir neben dem Tutor den Kurator oder neben dem Pupillen den minor erwähnt finden, sich zwar nicht überall, aber doch mehrfach zwingender Interpolationsverdacht aufdrängt. So sind z. B. in D. 27, 9, 3 pr. die Worte „vel minori" augenscheinlich ein Einschiebsel, ebenso eod. 3 § 5 „vel adulescentis[1]", eod. 14 „sive curatores filii[2]". Ganz sicher ist die Interpolation auch, wo in den auf die oratio bezüglichen Reskripten des Codex (Solazzi S. 114f., Partsch S. 91[3]) alternativ neben dem tutor der curator, neben dem pupillus der adulescens genannt wird; denn die reskribierenden Kaiser wußten ja, ob sie es mit dem einen oder anderen zu tun hatten und gaben ihre Entscheidungen gewiß nur nach Maßgabe des ihnen vorliegenden konkreten Tatbestands. Auf der anderen Seite wecken freilich wieder Zweifel einige auf die oratio bezügliche Stellen, wo der minor nicht alternativ neben dem pupillus, sondern ganz allein auftritt. So Ulp. 35 ad ed. D. 27, 9, 1 § 4:

> Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut, quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere: nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.

---

[1]) Entweder umfaßte „pupillus" den „adulescens" mit: wozu brauchte dieser dann gerade hier besonders genannt zu werden? Oder nicht: warum wird er dann nur dies eine Mal besonders genannt?

[2]) tutores pupilli sive curatores filii: als ob der pupillus nicht auch filius wäre.

Ulp. 3 de off. procons. eod. 11:

Si praedia minoris viginti quinque annis distrahi desiderentur, causa cognita praeses provinciae debet id permittere. idem servari oportet et si furiosi vel prodigi vel cuiuscumque alterius[1]) praedia curatores velint distrahere.

Solazzi (S. 11f., 113f.) meint, hier hätten die Kompilatoren den pupillus des Urtexts durch den minor ersetzt. Das vermag ich nicht zu glauben. In Dutzenden von Stellen haben die Kompilatoren entweder den pupillus, den doch jedenfalls sie dann im weiteren Sinn verstanden wissen wollten, einfach stehen lassen oder den minor alternativ daneben gestellt. Man versteht nicht, warum sie in jenen zwei Stellen ein anderes Verfahren hätten einschlagen sollen.[2]) Zu beachten ist auch, daß in der ersten der minor selbst als Käufer und Verpfänder auftritt. Ein impubes aber konnte, auch abgesehen von der oratio, ohne seinen Tutor nicht verpfänden und sich auch nicht durch den Kauf verpflichten: der Tatbestand, den Ulpian voraussetzt, wird undenkbar, sobald man Solazzi folgend, an Stelle des minor einen impubes setzt. Nach alledem scheint mir folgende Lösung der Schwierigkeiten wahrscheinlicher als die von Solazzi gegebene. Die oratio wird sich allerdings nur auf die praedia impuberum bezogen haben. Sehr bald aber dehnte die Jurisprudenz ihre Bestimmung auf die Grundstücke solcher Minderjähriger, die einen Kurator hatten, aus. Dies wird Ulpian schon im Eingang seines Kommentars ausdrücklich gesagt haben[3]); die Kom-

[1]) vel cuiuscumque alterius ist wohl kompilatorisch; vgl. aber auch Solazzi S. 114[1].

[2]) Ausgeschlossen ist m. E. der Gedanke an Interpolation bei den zahlreichen Reskripten, in deren Tatbestand die gegen das SC. verstoßende Veräußerung einem minor zugeschrieben wird: C. 5, 71, 6. 7–12. 15. 17; 2, 29, 2; 5, 72, 3; 5, 74, 1. Da aber diese Reskripte erst aus dem Ende des 3. Jahrhunderts (a. 283f.) datieren, und die Möglichkeit einer inzwischen erfolgten Rechtsveränderung in Betracht zu ziehen ist, so lasse ich sie außer Betracht. Vgl. auch Solazzi S. 116f.

[3]) Vielleicht enthielt die leider heillos verderbte Stelle Ulp. 2 trib. D. 27, 9, 8 § 1 eine ähnliche Bemerkung. Partsch (S. 91) hält hier die Worte „vel cuius alterius non adulescentis“ für interpoliert, und auch

pilatoren aber konnten diese Bemerkung nicht brauchen, weil nach der späteren Entwicklung darauf, ob der minor einen Kurator hatte, nichts mehr ankam. Darum strichen sie sie, ließen aber die daran angeschlossene Entscheidung in D. 27, 9, 1 § 4 stehen. Ulpian aber konnte nach Vorausschickung dieser uns nicht überlieferten Bemerkung im Verlauf seines Kommentars, ohne ein Mißverständnis befürchten zu müssen, sehr wohl allein vom pupillus und von praedia pupillaria handeln. Die Entwicklung, die sich nach dieser Vermutung ergeben würde, scheint mir durchaus einleuchtend: die Vorschrift, die ursprünglich nur für den wichtigsten und häufigsten Fall der Bevormundung gegeben war, wird schrittweise auf die andern minder wichtigen Fälle ausgedehnt. Diokletians Neuerung in C. 2, 21, 3 würde sich dann darauf beschränken, daß er eine Unterscheidung, die für die Veräußerung von Grundstücken längst anerkannt war, auf die Veräußerung auch sonstiger Sachen erstreckte.[1])

Mag nun aber die Oratio Severi auf Grundstücke

Solazzi (p. 113) ist dieser Annahme nicht abgeneigt und glaubt jedenfalls, daß die Frage, die Ulpian beantwortet, in erster Linie dem curator furiosi galt. Ich bin dessen durchaus nicht sicher. Wenn der curator minoris Verwaltungsrecht hatte, lag die Frage nach der Behandlung des curator adulescentis näher als jede andere, und man kann zweifeln, ob nicht vielmehr die Worte „furiosi vel cuius alterius non" interpoliert sind. Die Interpolation wäre dann der Tendenz entsprungen, die schon von Ulpian anerkannte Ausdehnung der oratio auf den curator adulescentis auch auf die übrigen Kuratoren zu erstrecken. Auch für D. 27, 9, 11 wirft sich die Frage auf, ob der erste und nicht vielmehr der zweite den curator furiosi und prodigi erwähnende Satz interpoliert ist.

[1]) Zeugnisse, worin Veräußerungen von Grundstücken durch Minderjährige erwähnt werden, sind aus der Zeit zwischen der Oratio und Diokletian nur recht wenige erhalten: Paul. sent. I 9, 7; Modest. 5 resp. D. 23, 3, 62; 6 resp. D. 26, 7, 32 § 4. Ulp. 11 ad edict. D. 4, 4, 13 § 1 enthält nur ein Zitat aus früherer Zeit, und das Datum von D. 4, 4, 24 § 4 (aus Paul. 11 ad edict., nicht aus den Sentenzen) ist nicht mit Sicherheit zu bestimmen. Alle diese Stellen handeln lediglich von den Folgen einer als wirksam vorausgesetzten Restitution; die Frage, unter welchen Umständen eine solche erforderlich ist, liegt ganz ferne. Daß der Minderjährige einen curator habe, ist nur in D. 26, 7, 32 § 4 erwähnt, — vorausgesetzt, daß dort die Worte „interposito curatore" echt sind (vgl. oben S. 132 n. 1).

Minderjähriger schon in klassischer Zeit Anwendung gefunden haben oder nicht, keinesfalls kann daraus ein Schluß darauf gezogen werden, daß dem curator minoris das Veräußerungsrecht fehlte. Impuberes waren schutzbedürftiger als minores, die ihr Interesse selbst wahrzunehmen vermochten, und die oratio übergeht ja auch die unbestritten verwaltungsberechtigten curatores furiosi und prodigi. Überdies ist das Veräußerungsrecht gerade für den curator minoris in m. E. unverdächtigen Stellen bezeugt.[1]) So bei Scaev. 2 dig. D. 4, 4, 39 § 1:

> Vendentibus curatoribus minoris fundum emptor extitit Lucius Titius et sex fere annis possedit et longe longeque rem meliorem fecit: quaero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit. respondi ex omnibus quae proponerentur vix esse eum restituendum......[2])

und bei Scaev. 1 resp. D. 4, 4, 47 § 1:

> Curator adulescentium praedia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit: quaero, si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adulescentium pro parte fundus communis fuit? respondi eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. item quaero, emptor utrum a Seio et Sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet an vero ab herede curatoris? respondi heredes [quidem] curatoris teneri, [verum in Seium et Sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.]

Der Umstand, daß in beiden Stellen die von Scävola gegebene Entscheidung durch Interpolationen entstellt ist[3]),

[1]) Verdächtig ist freilich der die Kuratoren erwähnende Schlußsatz von D. 4, 4, 7 § 8. Vgl. Eisele, ZSSt. 30 S. 108f., Solazzi S. 118. Diese Stelle muß daher außer Betracht bleiben.

[2]) Der Fortgang des Fragments (nisi si maluerint usw.) ist, wie längst erkannt, interpoliert.

[3]) Über die Interpolationen in fr. 47 § 1 cit. vgl. Solazzi, Bull. 23 S. 132f., Partsch S. 82.

berechtigt in keiner Weise zu der Annahme (Solazzi S. 120), daß — ohne jeden ersichtlichen Grund — im Tatbestand der curator an Stelle des im Original genannten Tutor getreten sei. Ebenso wenig berechtigt dazu in der zweiten Stelle die Bezeichnung der adulescentes als pupilli.[1]) Partsch (S. 82f.) will den Stellen durch die Vermutung beikommen, der klassische Urtext habe in beiden Stellen die adulescentes selbst als kontrahierend, bzw. mitkontrahierend erwähnt. Ich halte das für ganz ausgeschlossen. Man versuche doch nur einmal den Text der Stellen in Partschs Sinne umzugestalten, und man wird erkennen, daß das nicht möglich ist. Die hier entschiedenen Fragen nach dem Verhältnis der Restitution zu der Verantwortlichkeit der Kuratoren hätten gar nicht aufgeworfen werden können, wenn nicht die Kuratoren selbst als handelnd gedacht wären. Auch versagen sich die in bestem Latein abgefaßten Texte jedem derartigen Versuch.

Paul. 29 ad edict. D. 13, 7, 16 pr. § 1:

> Tutor [lege non refragante] si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. idem est et in curatore adulescentis vel furiosi. [Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est]: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.

Bei dieser Stelle knüpft Solazzi (S. 121) an an Gradenwitzs Vermutung[2]), daß der Satz, womit § 1 beginnt: „contrariam .... certum est", interpoliert sei. Auch mir erregt diese unnötig emphatische Versicherung Anstoß. Gradenwitz nimmt nun aber weiter einen unmittel-

[1]) Vgl. oben S. 155 n. 1.
[2]) Interpolationen S. 119.

baren Zusammenhang zwischen dem pr. und dem Fortgang des § 1 an: die in dem mit proinde beginnenden Satz statuierte Haftung beziehe sich gerade auf den im pr. genannten tutor, was nur durch jenes Einschiebsel verdunkelt werde, und darauf fußend macht Solazzi darauf aufmerksam, daß dann auch der Satz „idem est — furiosi" interpoliert sein müsse[1]), offenbar deshalb, weil der Satz, wenn er echt wäre, in der weiteren Erörterung den Plural (dederunt, tenebuntur) gefordert haben würde. Es ist sehr möglich, daß Solazzi hier recht hat. Aber ist es gewiß? Ist es gewiß, daß im Original § 1 unmittelbar auf das pr. folgte?[2]) Wäre es nicht sogar auffallend, daß Paulus die in § 1 enthaltenen Rechtssätze gerade speziell nur für den verpfändenden Tutor ausgesprochen hätte? Der Satz „contrariam — certum est" kann sehr wohl gerade deshalb eingeschoben worden sein, um klarzustellen, daß das darauf folgende wie im Original, so auch in der Kompilation mit dem pr. nichts zu tun habe, und dafür den nicht wohl zu entbehrenden Anknüpfungspunkt zu schaffen. Dann aber bestände keinerlei Grund, den Satz „idem — furiosi" anzuzweifeln, und wir hätten hier ein freilich unsicheres Zeugnis für das Verpfändungsrecht des curator adulescentis. —

Gewicht legt Solazzi (S. 122) auf Venul. 5 interd. D. 44, 3, 15 § 4, weil hier unter den veräußernden Kuratoren der curator adulescentis nicht genannt sei:

> Item danda est acessio cum eo, quod apud pupillum fuit, a cuius tutore, cum is tutelam eius administraret, emisti. idemque in eo, qui a curatore pupilli furiosive emerit, servandum est: et si ventris nomine aut eius, quae rei servandae causa in possessione esset dotis suae nomine, deminutio facta sit: nam id quoque temporis accedit.

---

[1]) Nicht so weit geht Partsch S. 84, der nur „adulescentis vel" streichen will.

[2]) Kein Gewicht lege ich auf den Umstand, daß zu dedit in § 1 das Subjekt fehlt; die Kompilatoren hätten es, wenn sie das Vorhergehende, woraus es sich ergab, strichen, freilich ergänzen sollen. Aber solche Unterlassungssünden haben sie zu oft begangen, als daß man nun schließen dürfte, als Subjekt könne nur der im pr. genannte Tutor in Betracht kommen.

Allein auch wenn man das Wort pupilli hier nicht in dem mehrfach besprochenen weiteren Sinne verstehen will[1]), beweist die Stelle nichts. Denn außer dem curator adulescentis vermissen wir in der Stelle auch den unbestritten verwaltungsberechtigten curator prodigi und den curator bonorum. Die Aufzählung war also entweder schon bei Venuleius unvollständig oder ist in der Kompilation gekürzt. —

C. 8, 15, 3 (Carac.):

> Curator adulti vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest, nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat.

Eine Einschiebung hat hier gewiß stattgefunden, da der reskribierende Kaiser aus der Anfrage wissen mußte, ob die Verpfändung durch einen curator oder durch einen Tutor stattgefunden hatte. Solazzi (S. 122) hält daher den „curator adulti" für interpoliert. Aber die Wahrscheinlichkeit spricht umgekehrt dafür, daß die mit vel eingefügte Alternative interpoliert ist. Wollte man eine Entscheidung erweitern, so war es das nächstliegende, die Erweiterung nicht vorzuschieben, sondern hinten anzufügen, und die Kompilatoren haben in der Regel[2]) nachweisbar dies Verfahren eingeschlagen. —

Eine Art von Veräußerung liegt auch in der Empfangnahme von Zahlungen. Eine Reihe von Stellen bezeugen, daß Zahlungen mit Wirksamkeit an den curator minoris gemacht werden können. Solazzi (S. 123f.) hält sie sämtlich für interpoliert. In der Tat dürfte seine Annahme für die Mehrzahl davon zutreffen. Zunächst für Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 7 § 11—13; die Stelle gehört in den Kommentar Ulpians zum Edikt „de tutelis", und das plötzliche Auftauchen des Kurators neben dem Tutor, ja in § 13 sogar statt des Tutors muß Anstoß erregen. Auch bei Afric. 9 quaest. D. 40, 4, 22 mag der Satz „eademque et de curatore

[1]) Es für ein Emblem zu erklären oder durch prodigi zu ersetzen (vgl. den von S. a. a. O. angef. Schulting ad h. l.), dafür fehlt jeder haltbare Grund.

[2]) Nicht immer: z. B. wechseln sie in D 46, 3, 100 ab.

dicenda“ interpoliert sein. Ob bei Paul. 10 resp. D. 46, 3, 100 die Erwähnung der Tutoren oder die der Kuratoren interpoliert ist, muß dahingestellt bleiben, eines von beiden gewiß. Ein Argument e contrario für das klassische Recht ist aber aus diesen Stellen jedenfalls nicht zu entnehmen, da in den Quästionen und Responsenschriften die Juristen sich sehr natürlich an die ihnen vorgelegte Frage hielten oder doch halten konnten. Verfälscht ist weiter auch Ulp. 30 ad Sab. D. 46, 3, 14 § 7:

> Curatori quoque furiosi recte solvitur, item curatori sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam. sed et pupilli curatori recte solvi constat.

Wie viel oder wie wenig hier klassisch ist, ist schwer zu sagen.[1]) Der schleppende Passus „sibi non sufficientis vel per aetatem vel per aliam iustam causam“ ist sicher interpoliert. Daß aber statt dessen einfach „prodigi“ gestanden habe, ist schwer glaublich; das hätte Tribonian nicht gestrichen, auch wäre dann statt des ganz unnötigen Schlußsatzes einfach „pupillive“ zu erwarten gewesen. Ich halte es für sehr möglich, daß der ganze Paragraph Kompilatorenwerk ist. Ganz unverdächtig scheint mir dagegen Marcian. ad form. hyp. D. 46, 3, 49:

> Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. sed et si iussu eius alii solvatur, vel creditori eius vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. tutori quoque si soluta sit pecunia vel curatori vel procuratori vel cuilibet successori vel servo actori, proficiet ei solutio.

Für die Vermutung Solazzis (S. 126), daß hinter curatori weggefallen sei: furiosi, besteht kein Grund als seine These. In gleicher Richtung beweist Paul. 15 resp. D. (40, 4) 53:

> Lucius Titius servo libertatem dedit, si rationem actus sui ex fide dedisset Gaio Seio filio suo: cum annos pubertatis egressus fuisset Gaius Seius, a curatoribus

[1]) Vgl. außer Solazzi S. 126 noch Partsch S. 77 n. 3.

eiusdem conventus servus etiam apud iudicem omnibus satisfecit: exacta cautione a curatoribus pronuntiatum est liberum eum esse: nunc Gaius Seius filius testatoris negat curatoribus suis recte pecuniam inlatam: quaero, an iure soluta sit quantitas. Paulus respondit curatoribus quidem adulescentis reliquam rationem, ut condicio testamento adscripta impleatur, non iure exsolutam videri: sed si praesente adulescente pecunia illata est vel in rationibus eius relata, impletam condicionem videri, ac si ipsi soluta fuisset.

Die Frage, die dem Juristen vorlag, war die, ob die Bedingung, dem adulescens selbst zu leisten, auch durch Leistung an den curator erfüllt werden könne. Diese Frage, nur diese verneint der Jurist [1]): curatoribus adulescentis reliquam rationem, ut condicio testamento adscripta impleatur, non iure exsolutam videri. Diese Einschränkung der Entscheidung wäre unbegreiflich, wenn Zahlung an den curator nicht an sich wirksam gewesen wäre. Das Gleiche ergibt auch C. 2, 32, 1 für die Zeit Diokletians; doch lasse ich diese Stelle — wegen der Möglichkeit einer inzwischen erfolgten Rechtsänderung — beiseite. —

II. Die cautio rem adulescentis salvam fore.

„Negata al curatore l'administratio, la prestazione di una ‚cautio rem adulescentis salvam fore' è senza scopo." Solazzi (S. 141f.) sieht sich daher in der Notwendigkeit, alle Stellen, die eine cautio rem adulescentis salvam fore bezeugen, für interpoliert zu erklären. Nun bin ich durchaus nicht der Meinung, umgekehrt die Echtheit aller dieser Stellen behaupten zu wollen. Wie das Edikt zwar einen Titel de tutelis, aber keinen de curis enthielt, obwohl die Grundsätze beider Rechtsinstitute schon in klassischer Zeit zweifellos weithin übereinstimmten, so steht auch bei den

[1]) Der interpolierte Schluß von D. 46, 3, 68 (Marcell. 16 dig.) gibt für den tutor impuberis und den curator furiosi die entgegengesetzte Entscheidung. Daß aber in klassischer Zeit hier Zweifel bestanden, wird durch die Tatsache der Interpolation dargetan.

Klassikern in ihren das Vormundschaftsrecht und so auch die Kaution der Vormünder betreffenden Entscheidungen die Tutel durchaus im Vordergrund, und die Kompilatoren waren, wenn sie das Übereinstimmende in den beiden Arten der Vormundschaft kenntlich machen wollten, sehr natürlich auf den Weg gewiesen, in eine größere Zahl von Stellen die Erwähnung der cura hineinzuinterpolieren, ohne daß es sich dabei irgendwie um Neuerungen gegenüber dem klassischen Recht zu handeln brauchte. Diese Interpolationen galten gewöhnlich[1]) nur der cura adulescentis, und zwar auch in solchen Fällen, wo ihre Ausdehnung auf sämtliche Kuratoren sachlich begründet gewesen wäre.[2]) Das ist verständlich genug. War irgendwo ein Fall entschieden, bei dem es sich um einen impubes oder einen tutor impuberis handelte, so lag es ungemein nahe, durch ein kleines Einschiebsel zum Ausdruck zu bringen, daß das gleiche auch dann gelten müsse, wenn etwa der Mündel bereits mündig sei und, statt eines Tutors, einen Kurator habe. Zugleich immer auch die anderen Arten der cura zu berücksichtigen, wäre nicht nur pedantisch gewesen, sondern ging überall da, wo, wie z. B. bei Responsen und Reskripten, ein konkreter Fall der Entscheidung zugrundelag, kaum an. Aus der bloßen Tatsache also, daß irgendwo in eine von der cautio rem pupilli salvam fore handelnde Stelle der curator adulescentis, und gerade nur er, hineininterpoliert ist, kann durchaus nicht geschlossen werden, daß durch diese Interpolation für ihn und gerade für ihn etwas neues, dem klassischen Recht Fremdes, eingeführt werde. Dies vorausgeschickt, sollen nun die einzelnen von Solazzi (S. 141f.) als interpoliert bezeichneten Stellen, die sich auf unsere Kaution beziehen, durchgegangen werden.

Ulp. 79 ad edict. D. 46, 6, 4 § 8:

Pertinet autem haec stipulatio ad omnes curatores sive puberibus sive impuberibus datos propter aetatis infirmitatem, sive prodigis vel furiosis vel quibudsam aliis (ut fieri adsolet) dati sint.

---

[1]) nicht überall: vgl. z. B. D. 46, 6, 7, dazu Solazzi S. 150.
[2]) z. B. I. 1, 24, 1, dazu Solazzi S. 155.

Auch ich halte den Passus sive puberibus bis dati sint für interpoliert.[1]) Solazzi meint, der Grund dieser Interpolation sei gewesen, die Kaution, die in klassischer Zeit nur dem curator pupilli, furiosi (doch auch prodigi?), mulieris[2]), bonorum, ventris nomine obgelegen habe, auf alle Kuratoren, insbesondere also den curator adulescentis, auszudehnen. Ich halte diese Vermutung für ungemein unwahrscheinlich, ja für unmöglich. Hätten die Kompilatoren in ihrer Vorlage eine Reihe von Kuratorenkategorien aufgezählt gefunden, die sie erweitern wollten, so würden sie diese Aufzählung allenfalls ergänzt haben; sie durch eine schlecht stilisierte Aufzählung eigener Faktur zu ersetzen, dazu hatten sie keinerlei Veranlassung. Ich halte daher das „pertinet haec stipulatio ad omnes curatores" für durchaus echt — natürlich nicht in dem Sinne, daß alle Kuratoren kautionspflichtig gewesen wären[3]), sondern nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit freiwilligen Erbietens zur Satisdation (I. 1, 24, 1) —; das auf jenen Satz folgende aber gehört in die nicht geringe Zahl der bloß erläuternden Interpolationen, die die Kompilatoren einzufügen guten Grund hatten, weil sie gewußt haben werden, daß Kommentare zu ihrem Werk verboten werden würden. —

Ulp. ibid. § 4:

Hanc stipulationem placet finita demum tutela committi et fideiussoribus (sponsoribus *Ulp.*) diem exinde incipere cedere. in curatore aliud est: sed et in eo, qui pro tutore negotia gessit, [aliud dicendum est. itaque istae stipulationes, si quidem quis tutor fuit, finita demum tutela committentur: si vero pro tutore negotia gessit], conveniens est dicere, statim atque quaeque res salva non esse coepisset, committi stipulationem.

Statt „in curatore aliud est" liest Solazzi (S. 143): in curatore pupilli aliud est. Solazzi gründet seine Ver-

[1]) sive — datos — sive dati sint!

[2]) der ja auch nach S. Administration hatte.

[3]) Daß die curatores a consule praetore praeside dati es i. d. R. nicht waren, wissen wir bekanntlich aus Gai. I 200.

mutung wohl darauf, daß der Satz in dem Kommentar zu dem Ediktstitel „rem pupilli salvam fore" stand. Aber daraus folgt nur, daß in § 4 curatore pupilli gestanden haben kann, nicht daß es dort gestanden haben muß. Gesetzt aber, es wäre hier gestrichen, so würde das offenbar nicht das geringste gegen die Existenz einer klassischen cautio rem adulescentis salvam fore beweisen. Ulpian hätte dann eben in § 4, wo er noch von der cautio rem pupilli handelte, den curator impuberis dem tutor impuberis gegenübergestellt, während er von der Kaution der anderen Kuratoren, einschließlich des curator adulescentis, in § 7f. gehandelt hätte. So mögen denn auch in D. 27, 3, 16 § 1[1]) (Ulp. 79 — nicht 74 — ad ed.) die Worte „sive adulescentis" interpoliert sein. Die Stelle gehörte im Original von Ulp. 79 wahrscheinlich mit § 4 cit. zusammen; die Nichterwähnung des curator adulescentis würde sich hier ebenso erklären wie dort. —

In D. 23, 2, 60 § 1 sind in dem Satze „si .... fideiusserit quis pro tutore vel curatore" die beiden letzteren Worte gewiß unecht. Das Original hatte es nur mit der Tutel zu tun, da sich die hier erläuterte oratio divorum Marci et Commodi nur auf den Tutor bezog. Aber für die uns beschäftigende Frage folgt daraus offenbar garnichts. —

Scaev. 20 dig. D. 26, 3, 11:

> Avia nepotibus curatorem dedit fideicommisso ei relicto: quaesitum est, an administrare curator compelli debeat. respondit curatorem quidem non esse, sed cum aliquid ei testamento datum esset, teneri eum ex fideicommisso, si non curam susciperet, [nisi id quod ei datum esset nollet petere aut reddere esset paratus][2]). Item quaesitum est, an iste curator satisdare nepotibus debeat. respondit quasi curatorem non debere, sed cum fideicommissum ab eo peti posset, fideicommissi nomine satisdare debere.

Curator soll hier für tutor interpoliert sein (Solazzi S. 23). Man fragt vergebens, was die Kompilatoren ver-

---

[1]) Cum curatore pupilli sive adulescentis agi poterit, etsi usque adhuc cura perseveret.

[2]) Gradenwitz, Interpol. S. 200.

anlaßt haben könnte, in einem derartigen Spezialfall den curator nicht etwa, wie oft, neben den Tutor, sondern an seine Stelle zu setzen. Die gleiche Frage erhebt sich bei Ulp. 36 ad edict. D. 27, 8, 1 § 5, wo Solazzi (S. 149) die gleiche Interpolation annimmt:

> Si curatores fuerunt minus idonei dati, dicendum est teneri magistratus oportere, si ex suggestu eorum vel nominibus ab eis acceptis praeses dederit. sed et si ad eos remiserit, ut ipsi dent, vel post dationem, ut exigerent satisdationem, periculum ad eos pertinebit.

Gefolgert wird die Interpolation lediglich daraus, daß Ulpian im Kommentar zum Titel „de magistratibus conveniendis" den curator nur in § 5 cit. und dem darauf folgenden § 6 erwähne, wo Solazzi die Worte „vel curator" ebenfalls für interpoliert hält, sonst überall nur allein den Tutor. Allein diese letztere Tatsache erklärt sich daraus, daß auch im Edikt von den Pflichten der Magistrate nur in bezug auf Tutoren die Rede war. Daraus zu folgern, daß der curator, wo wir ihn erwähnt, und zumal wo wir ihn allein erwähnt finden, interpoliert sei, scheint mir mehr als gewagt. Und in § 5 cit. spricht gegen Interpolation die Wortstellung „si curatores fuerunt minus idonei dati", die dem Wort curatores einen besondern Nachdruck gibt, zu betonen scheint, daß es hier Kuratoren, nicht Tutoren waren, um die es sich handelte. Warum sollte man im Kommentar gerade hier und nur hier an stelle des originalen tutor den curator gesetzt haben? Dasselbe gilt von Modest. 6 resp. D. 27, 8, 8:

> Magistratus a curatoribus adulti cautionem exegerunt rem salvam fore: ex his alter sine herede decessit: quaero, an indemnitatem in solidum collega eius praestare debeat. Modestinus respondit nihil proponi, cur non debeat.

Vor exegerunt ist hier, wie schon Mommsen vermerkt, ein non ausgefallen. Im übrigen ist die Stelle ganz unverdächtig; insbesondere kann ich die Meinung Solazzis, der „adultus" überall für kompilatorisch hält, nicht teilen.

Auch diese Stelle belegt daher die Kautionspflicht des curator minoris. —

Noch schwerer wird mir die Zustimmung, wenn die Behauptung, curator sei für tutor interpoliert, in bezug auf Stellen auftritt, die außerhalb der von der Vormundschaft handelnden Digestenbücher stehen. So in bezug auf Modest. 13 resp. D. 46, 1, 41 pr.:[1])

> Respondit, si fideiussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem tam ab ipso curatore quam ab heredibus eius solidum servari potuit et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit: non temere utilem in fideiussores actionem competere.

Der Satz, der hier exemplifiziert werden soll, konnte gerade so gut an den Indemnitätsbürgen eines Tutors, wie eines Kurators exemplifiziert werden. Wozu also die angebliche Interpolation? Daß aus dem Wort pupillus[2]) nicht ohne weiteres auf Tutel geschlossen werden kann, wurde schon öfter bemerkt. —

In den auf die Kaution bezüglichen Reskripten des Codex ist — daran ist nicht zu zweifeln — öfter der curator neben den tutor eingeschoben worden (oder umgekehrt), und die Interpolation hier überall schon dadurch wahrscheinlich oder sicher, daß die Kaiser aus der Anfrage in der Regel ersehen mußten, welche Art von Vormund in Frage stand. Auch wenn man aber hier überall den curator und nicht den tutor für interpoliert ansieht, kann daraus selbstverständlich für das klassische Recht der cura kein arg. e contrario gezogen werden, da die Reskripte ja natürlich immer nur den vorgelegten Fall entschieden. So geben daher Stellen, wie C. 5, 57, 1. 2; 5, 75, 1.[3]) 4 in der uns

---

[1]) Vgl. zu der Stelle Levy, Sponsio S. 147[3], der verschiedene Interpolationen vermerkt, die die uns interessierende Frage nicht berühren.

[2]) Für interpoliert hält „qui pupillus fuit" Levy a. a. O. Der ganze Passus „et cessante . . . . . . desierit" ist dadurch verdächtig, daß das Subjekt zu desierit fehlt.

[3]) Hier kann man wegen des § 1, der nur den curator nennt, zweifeln, ob nicht die Erwähnung der Tutoren interpoliert ist.

beschäftigenden Frage Beweise weder pro noch contra. Schwer fällt es aber auch hier, den curator auch in solchen Reskripten für interpoliert zu halten, wo er allein auftritt, wie in C. 5, 42, 1 (Valer. et Gallien.):

> Si nondum vobis aetas legitima completa est, satisdationem ab his, quos minus idoneos curatores vobis ab adversario, cum magistratu fungeretur, datos dicitis, postulate. prohibentur enim ab administratione, nisi securitati vestrae satisdatione prospexerint.

Hier muß man schon Solazzis Lehre für bewiesen halten, um an Interpolation zu glauben. —

Einen sehr starken Beweis für die Existenz der cautio rem adulescentis liefert Gai. I 199:

> Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur ant diminuantur, curat praetor, ut et tutores *et* curatores eo nomine satisdent.

Solazzi (S. 156) verwendet die Stelle in umgekehrter Richtung, mit Rücksicht darauf, daß Gaius gleich darauf in § 200 betont, die „curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed *qui* vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae *dan*tur" brauchten in der Regel (plerumque) nicht zu kavieren: diese Unterscheidung hätte, meint er, für die curatores adulescentium, die ja nie e lege berufen seien, keinen Sinn gehabt. Gewiß nicht; wohl aber hatte sie Sinn, wenn bei ihr an sämtliche Arten von curatores zusammenfassend gedacht war. Und ich möchte meinerseits fragen: wie konnte, wenn Solazzi recht hätte, Gaius, der ja doch unmittelbar vorher den curator adulescentis als curator datus erwähnt hatte, von der Kautionspflicht handeln und von der regelmäßigen — wohlgemerkt: nur der regelmäßigen — Kautionsfreiheit der curatores dati, ohne ausdrücklich zu bemerken, daß all das auf die curatores adulescentium gar keinen Bezug habe?

Solazzi (S. 156) unterschätzt auch die Unterstützung, die die herrschende Lehre in dem achten der Berliner Papiniansfragmente findet. Von diesem Fragment sind nur wenige Schriftzüge erhalten, aber doch genug, um seine

Identifizierung mit Pap. 5 resp. D. 26, 7, 39 § 5 zu ermöglichen:

> *Curatores adulescent*is mutu*i periculi gratia cautionem invicem sibi praebuerunt et in eam rem pignora dederunt*: *cum* of*f*icio *deposito solvendo fuiss*ent, *irritam cautionem esse factam et pignoris vinculum solu*tum *apparuit.*

Vor dem deutlich erkennbaren mutu*i* hat das Berliner Fragment die Zeichen: **IIIS**. Dies beweist, daß in dem Fragment wie in den Digesten das Wort adulescentis stand. Das bestreitet zwar Solazzi; er meint, die zwei ersten Striche seien als Reste eines *R* anzusehen, und im Original werde statt „adulescentis" gestanden haben: impuberis. Aber aus einem R in Unzialschrift können niemals zwei senkrechte Striche werden, wohl aber können diese Striche Überbleibsel der zwei Buchstaben **NT** sein. So bleibt Solazzi als letzter Ausweg nur noch die Annahme einer vorjustinianischen Interpolation, für die aber, zumal in einer Responsensammlung, jeder ersichtliche Grund fehlt.[1]) Allerdings handelt die Stelle nicht von einer dem adulescens, sondern von einer unter den Kuratoren selbst gegenseitig bestellten Kaution; immerhin erweist sie die Verantwortlichkeit der Kuratoren auch jenem gegenüber. —

III. **Die accusatio suspecti curatoris.**

Es ist durch die Untersuchungen Taubenschlags[2]) und Solazzis[3]) höchst wahrscheinlich geworden, daß das klassische Recht zwischen der accusatio suspecti und der remotio scharf unterschied[4]) und daß erst durch Justinian eine übrigens schon vor ihm angebahnte Verschmelzung der beiden Rechtsinstitute eintrat. Die infamierende accu-

[1]) Ganz bedeutungslos ist m. E. der Hinweis Solazzis darauf, daß die weitaus meisten Responsen in dem langen fr. 39 cit. vom Tutor, nicht vom Kurator handeln. Eine Responsensammlung ist kein systematisches Werk, bei dem das Nebeneinander zweier nahverwandter Rechtsinstitute auffallen könnte.

[2]) Vormundschaftsrtl. Studien S. 27f. [3]) S. 259f.

[4]) Worin die Unterschiede bestanden, diese Frage kann hier dahingestellt bleiben.

satio suspecti geht auf die zwölf Tafeln zurück und scheint in ihrer Anwendung durchaus auf Tutoren beschränkt geblieben zu sein. Da sie hiernach nicht bloß beim curator adulescentis, sondern bei Kuratoren überhaupt nicht stattfand, so ist klar, daß diese ihre Anwendungsbeschränkung wesentlich historische Gründe und mit der Frage des Verwaltungsrechts, die uns allein beschäftigt, nichts zu tun hat; die im Urtext auf die accusatio suspecti bezüglich gewesenen Stellen, interpoliert oder nicht, interessieren uns also nicht und bleiben für uns außer Betracht. Anders steht es mit der Remotion. Der Remotion unterlagen sicher auch Kuratoren — wie wäre das auch anders möglich —, und wenn sich nun nachweisen ließe, daß von diesem Satz für den curator adulescentis eine Ausnahme zu machen wäre, so würde dies gewiß die These Solazzis, daß der curator adulescentis kein Verwaltungsrecht besessen habe, erheblich unterstützen. Wie steht es nun hier mit den Quellen?

Der auf die Remotion bezügliche Teil des Ulpianschen Ediktkommentars — an erster Stelle beschäftigte dieser sich mit der accusatio suspecti — beginnt mit D. 26, 10, 3 § 2:[1])

> Non tantum autem adulescentis curator, sed etiam furiosi vel prodigi [ut suspectus] removeri potest.

Die Äußerung ist durchaus unverdächtig; die Verdachtsgründe, die Solazzi (S. 161) anführt, verlieren durch die (S. 300) von ihm selbst gebilligte Beziehung auf die Remotion alles Gewicht.[2]) —

Ulp. D. 26, 10, 3 § 6:

> Quaeri potest, si tutor fuerit pupilli idemque sit curator confirmatus adulescenti, an possit ex delictis tu-

---

[1]) Vgl. Solazzi S. 300.

[2]) Auch die besondere Hervorhebung des curator ventris bonorumve in § 3 ist angesichts der besondern Natur dieser cura nicht auffallend, wogegen die Worte „non carebit huius criminis metu" wohl mit Beseler (Beiträge 1 S. 50) als kompilatorisch angesehen werden müssen, obgleich die Wendung „carere criminis metu" für mich an sich kein Verdachtsgrund wäre. Der Ausdruck „criminis" paßt nicht auf die Remotion.

telae suspectus postulari. et cum possit tutelae a concuratoribus conveniri, consequens erit dicere cessare suspecti accusationem, quia tutelae agi possit deposito officio et alio sumpto.

Statt „suspectus postulari" wird in der Frage gestanden haben: removeri, und die Antwort, die der Jurist gab, hat, wie Solazzi (S. 162f.) mit Recht ausführt, Veränderungen erlitten, die sich nicht mehr genau feststellen lassen.[1]) Aber die gestellte Frage selbst ist ganz unverdächtig und setzt die Remotionsmöglichkeit offenbar voraus. —

Ulp. D. 26, 10, 3 § 8:

Si autem ipse tutor est solus, numquid, quia tutelae cessat, removendus sit ab hac administratione, quasi in hac suspectus ex eo, quod in alia male versatus sit? ergo et in eo, qui curator solus post finitam tutelam confirmatus est, idem dici potest.

Hier stecken Interpolationen im ersten Satz[2]); wieweit sie gehen, kann dahingestellt bleiben. Der auf den curator minoris bezügliche Schlußsatz ist ganz unverdächtig. —

In D. 26, 10, 3 § 18 ist, wie aus dem Schluß „quia non est abire tutela iussus" im vorhergehenden „vel cura" interpoliert, möglicherweise auch in fr. 4pr. Für uns sind diese Interpolationen schon deshalb ohne Bedeutung, weil sie ja die cura überhaupt, nicht bloß die cura adulescentis angehen. —

Ulp. de omn. trib. 1 D. 26, 10, 7pr. und I. 1, 26, 4 gewähren den adulescentes das Recht der suspecti accusatio gegen ihre Kuratoren. Entweder ist der sie betreffende Passus interpoliert, wofür mindestens bei der ersten Stelle gute stilistische Gründe sprechen[3]), oder die Stellen handelten im Original von dem Betreiben der Remotion. In beiden Fällen sind sie für uns bedeutungslos.

---

[1]) Vielleicht ist die ganze Antwort Kompilatorenwerk, so daß sich im Original § 7 direkt an die in § 6 gestellte Frage anschloß.

[2]) Solazzi S. 163f. [3]) Solazzi S. 164f.

IV. Das privilegium exigendi.

Zur Unterstützung seiner These führt Solazzi (S. 169) auch an, daß nach den klassischen Quellen der minor am Vermögen seines Kurators kein privilegium exigendi besessen habe. Dies Privileg habe das Edikt, außer dem pupillus, nur dem furiosus gewährt, was nach D. 27, 10, 15 § 1 zutrifft; die Jurisprudenz habe es auf die debiles, prodigi, surdi muti, fatui ausgedehnt; der adulescens aber fehle in der Reihe. Ihm habe es erst Justinian im Weg von Interpolationen verliehen. Zu erklären aber sei diese Nichtprivilegierung durch den Mangel des Verwaltungsrechts. Sehen wir uns demgegenüber die Quellen etwas genauer an. Die sedes materiae ist der Digestentitel 42, 5 in den merkwürdig zusammengeflickten fr. 19 § 1—24 pr. Da lesen wir bei Ulp. 63 ad ed. in fr. 19 § 1, 22 pr.:

> Si quis, cum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est: nec interest, ipse debeat qui gessit sive heres eius [ceterique successores]. ipse autem pupillus habet privilegium, sed eius successores non habent. sed aequissimum erit ceteros quoque, quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur[1], idem privilegium competere.

Ich meine, es liegt auf der Hand, daß Ulpian so nicht geschrieben haben kann. Der furiosus, der das Privileg ex edicto hatte, fehlt hier ganz, desgleichen der prodigus, sofern er unter cura legitima stand. Die debiles sind vor den prodigi genannt, und beide werden den Pupillen, die doch unter Tutel stehen, als ceteri, quibus curatores dantur gegenübergestellt. Daß hier die Kompilatoren durch Streichung oder Interpolation eingegriffen haben müssen, ist gewiß; wieviel sie aber gestrichen oder interpoliert haben, durchaus ungewiß. Sind die Fälle der uralten cura legitima ihnen zum Opfer gefallen, so wäre es wahrlich nicht wunderbar, wenn auch der curator adulescentis deren Schicksal

---

[1]) Hier ist aus Paul. 60 ad ed. und Gai. 24 ad ed. „vel surdo muto vel fatuo“ eingeschoben.

geteilt hätte. Vergleichen wir nun damit die zweite Hauptstelle, Paul. 3 sent. D. 27, 10, 15 § 1:

> In bonis curatoris privilegium furiosi furiosaeve servatur. prodigus et omnes omnino, etiamsi in edicto non fit eorum mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequuntur.

Solazzi hat gewiß recht, wenn er et omnes omnino für eine Interpolation erklärt. Aber unrecht hat er, wenn er meint, Paulus müsse hier die einzelnen Privilegierten aufgezählt haben. Die beiden Fälle der cura legitima sind aufs engste miteinander verwandt, und mindestens ebenso wahrscheinlich wie Solazzis Vermutung ist die andere, Paulus habe hier allein den prodigus erwähnt, also lediglich gesagt:

> prodigus, etiamsi in edicto non fit eius mentio, in bonis curatoris decreto privilegium consequitur.

Das ist um so eher möglich, als Paulus im dritten Buch seiner sententiae nur von erbrechtlichen Materien handelt, die Frage der Zuständigkeit des privilegium exigendi also nicht ex professo erörterte, sondern nur gelegentlich einer anderen Lehre, bei der vielleicht andere Fälle der cura ganz außer Betracht bleiben konnten, berührt haben wird.[1])

So zerfließen die Zeugnisse, aus denen auf eine Sonderstellung des adulescens geschlossen wird, in nichts, und übrig bleibt nur Ulp. 33 ad ed. D. 26, 7, 11:

> Circa pupillum, cuius tutor servus erat pronuntiatus, divus Pius rescripsit in rebus, quas ex pecunia pupilli servus comparaverat, dominum non posse uti praerogativa deductionis. quod et in curatore observandum est.

Solazzi (S. 170) erklärt den Schlußsatz für interpoliert; aber gerade hier fehlt es an jedem äußeren Anzeichen der Interpolation. Im Gegenteil: das, was Antoninus Pius für den Fall der Tutel reskribiert hatte, bedurfte der Ausdehnung auf die Fälle der cura, mag das privilegium exi-

---

[1]) Besprochen wird die interdictio prodigi von Paulus in der Lehre von der testamenti factio — 3, 4ª —, wohin aber die Bemerkung nicht recht paßt.

gendi nun allen oder nur gewissen Kuranden zugestanden haben, und es wäre fast auffallend, wenn Ulpian diese Ausdehnung unerwähnt gelassen hätte.[1])

Das Ergebnis ist also, daß zwar allerdings das privilegium des adulescens in unsern Quellen nicht ausdrücklich erwähnt ist, daß aber nach dem Zustand dieser Quellen ein Urteil darüber, ob es ihm zustand oder nicht, überhaupt nicht möglich ist.

V. Das Exkusationsrecht.

Das Exkusationsrecht wird von Solazzi (S. 171f.) nach zwei Richtungen zur Begründung seiner These herangezogen. Er bestreitet einerseits, daß die cura adulescentis in klassischer Zeit bei Berechnung der einen Exkusationsgrund bildenden tria onera mitgezählt worden sei: den Grund dafür sieht er darin, daß sie wegen des Fehlens der Administrationspflicht nicht als onus betrachtet worden sei. Er bestreitet ferner, daß es in klassischer Zeit eine Exkusation von der cura adulescentis gegeben habe; der Grund sei der gleiche: sie sei eben mangels der Administrationspflicht keine Last gewesen, hinsichtlich deren ein Exkusationsbedürfnis bestanden habe. Beide Behauptungen stehen in Widerspruch mit der herrschenden Lehre. Als Beweismittel verwendet Solazzi hier wie sonst wirkliche oder angebliche Interpolationen, aus denen sich ergebe, daß hier wie sonst die cura adulescentis erst in nachklassischer Zeit der Tutel gleichgestellt worden sei.

Ehe wir dies Material unter die kritische Lupe nehmen, gilt es sich folgendes klar zu machen. Zweifellos hat sich das ganze Exkusationsrecht auf dem Boden der Tutel entwickelt. Ausgangspunkt dieser Entwicklung war, wie schon Rudorff[2]) ausführt, die Appellation gegen das Dekret, wodurch Jemand zum Vormund bestellt worden war; die Fälle der cura legitima fielen dabei, wie die der tutela legi-

[1]) Die Stelle gehört zu einer Erörterung über das privilegium dotis; sie bringt Analogien zu einer für dieses gegebenen Entscheidung. Vgl. Paling. Ulp. 956.

[2]) Recht der Vmsch. II S. 7f.

tima und testamentaria[1]), gänzlich aus. Ein eigentümliches Rechtsinstitut wurde die Exkusation erst durch die bekannte Reform M. Aurels, wodurch ein besonders geartetes Exkusationsverfahren eingeführt wurde. Was sodann die Exkusationsgründe angeht, so lassen sich zwar einzelne darunter bis auf Trajan[2]), Hadrian[3]), Antoninus Pius[4]) zurückverfolgen. Die große Masse derselben erhielt aber ihre positive Regelung erst durch Reskripte seit M. Aurel; darüber lassen die Schriften der Juristen keinen Zweifel. Erwägt man nun, daß diese Reskripte, wie die Reskripte überhaupt, in aller Regel nur den ihnen vorliegenden Fall entschieden haben werden, daß die Fälle der Tutel unendlich viel zahlreicher gewesen sein müssen als alle Fälle der cura zusammen, daß insbesondere auch die cura adulescentis infolge des für ihre Einsetzung erforderlichen Antrags im Vergleich mit der Tutel praktisch weit zurückgetreten sein muß, so erhellt, daß und warum auch in den Schriften der die Exkusation behandelnden Juristen die Tutel nach jeder Richtung im Vordergrunde steht. Wie unerträglich pedantisch, ja stilistisch fast undenkbar es gewesen wäre, wenn die Juristen in ihren Monographien über die Exkusation folgerichtig überall die Vormundschaft korrekt mit dem Doppelnamen „tutela vel curatio" bezeichnet hätten, ist schon oben hervorgehoben worden. Sie werden vielmehr sehr häufig nur die tutela genannt und gehörigen Orts angemerkt haben, daß von der cura ganz dasselbe gelte.[5])

---

[1]) In D. 49, 4, 1 § 1 ist das Wort „testamento" sicher interpoliert; eine Appellation gegen testamentarische Ernennung ist ja undenkbar. An Stelle von „testamento" war im Urtext eine Behörde genannt.

[2]) D. 27, 1, 17 § 6. Vat. 233.

[3]) Vat. 141. 151. 222. 223. 235. 244. D. 27, 1, 6 § 19.

[4]) Vat. 179. 223. 244. D. 27, 1, 6 § 8. 10.

[5]) Vgl. Modest. 4 excus. D. 27, 1, 13 pr., wo Solazzi selbst (S. 189f.) den Satz „*τοῦτο δὲ παραφυλάττειν δεῖ καὶ ἐπὶ τῶν χειροτονηθέντων κουρατόρων*" mit gutem Grunde für echt hält und nur die darauf folgende Begründung „*ἐν ὀλίγοις γὰρ* usw." vom Standpunkt seiner These aus beanstandet. Daß Modestin etwa im Eingang seiner Schrift bereits gesagt habe, daß alles, was er von der Exkusation der Tutoren sagen werde, auch für die Kuratoren gelte, diese von Solazzi (p. 192) bestrittene Hypothese halte auch ich nicht für glaubhaft.

Was aber sie unterließen, das holten dann Besitzer von Handschriften oder auch die Veranstalter von Exzerptensammlungen nach, auch sie nicht in konsequenter Durchführung, jene etwa, wenn sich ihnen ein besonderer Anlaß bot, ihnen z. B. ein die cura betreffender Fall vorlag, diese wohl auch ganz wahllos, nur um durch die wiederholte Miterwähnung der cura etwaige Zweifel über die Tragweite der ganzen Erörterung auszuschließen. Daß solche Einschiebsel in unsern Texten vorliegen — aber wohlgemerkt Einschiebsel, die sich keineswegs auf die Nennung der cura minoris beschränken, sondern die cura überhaupt betreffen — ist ganz zweifellos[1]; aber aus jedem nachgewiesenen Einschiebsel dieser Art schließen zu wollen, daß es sich hier um ein Novum gegenüber dem klassischen Recht handle, wäre mehr als verwegen.

Sehen wir uns nunmehr zunächst die Stellen an, die von dem onus trium tutelarum handeln und von Solazzi (S. 172f.) mit mehr oder weniger Bestimmtheit angezweifelt werden.

Bei Ulp. de excus. Vat. 125, 128 werden die „curae" ohne jede nähere Bestimmung in die tria onera eingerechnet:

> Olim varie observa*ba*tur circa numerum tutelarum, sed hodie certo iure utimur tam ex rescriptis divorum (*principum*) quam ex constitutionibus imperatorum nostrorum: nam si quis tres tutelas sive curas habea*t*, excusatur.
>
> Hodie itaque, ut quis excusetur, tria onera allegare debet sive tutelarum sive curarum sive etiam curae kalendari. et sive eiusdem *sive non eiusdem* tituli sint tria onera, a quarta excusant.

Solazzi meint, wenn in Vat. 125 „sive curas", in Vat. 128 „sive curarum" dem Klassiker angehören, könne der Ausdruck die cura minoris nicht haben mitumfassen sollen. Wer Solazzis Lehre für bewiesen hält, kann allerdings kaum anders entscheiden; für uns aber, die wir seine Beweise erst noch nachprüfen wollen, liegt die Sache anders.

[1] Albertario, lo sviluppo delle excusationes (1912), und Solazzi haben deren eine Menge nachgewiesen; bei Solazzi vgl. man z. B. die Ausführungen zu Modestins Monographie S. 186f.

Am Text von Vat. 128 weiß auch Solazzi nichts auszusetzen.[1]) In Vat. 125 findet er auffallend[2]), daß im Eingang nur vom numerus tutelarum, am Schluß aber von „tres tutelas sive curas" die Rede ist. Aber wer sagt denn, daß die ältere Praxis, auf die sich das olim varie observabatur bezieht, eine cura bei der Exkusationsfrage überhaupt schon mit in Rechnung brachte? Wir wissen zufällig aus D. 27, 1, 2 § 9, daß noch Severus und Caracalla in die Lage kamen, über die Anrechnung einer cura furiosi ausdrücklich reskribieren zu müssen; hinsichtlich dieser bestand also bis dahin noch Unsicherheit. Es wird also einfach seine Richtigkeit haben damit, daß man ehedem über den numerus tutelarum schwankte, daß aber zur Zeit, wo Ulpian schrieb, infolge von Kaiserreskripten sowohl die Zahl 3, wie die gleiche Anrechnung von tutelae und curae auf das onus feststand.

Paul. de excus. Vat. 231:

> Ii qui tres pluresve tutelas vel curationes vel permixto modo cuiuscumque separatas administrant, excusari a tutela curationeve solent. quod si fratrum tutelam suscipiant, pro una tutela *reput*antûr eadem bona.

Solazzi (S. 109) meint, „curationes" müsse hier mit Ausschluß der administrationslosen cura adulescentis verstanden werden; auch hält er es für immerhin bemerkenswert, daß am Schluß nur von einer tutela, nicht von einer curatio fratrum die Rede sei.[3]) Allein wir sind nicht berechtigt, Einschränkungen in die Stelle hineinzudeuten, die darin nicht ausgesprochen sind; und, was den Schlußsatz anlangt, so ist die Beschränkung auf die tutela fratrum nicht nur nicht auffallend, sondern die nochmalige Erwähnung der cura wäre hier besonders pedantisch gewesen;

---

[1]) Namentlich auch nichts an der Sondererwähnung der cura kalendarii und an dem Worte hodie, beides mit vollem Recht.

[2]) Gegen Beseler, Beitr. 2, S. 105, und Albertario a. a. O. S. 12 mit Recht Solazzi S. 172 n. 1.

[3]) Damit soll auf die Möglichkeit hingedeutet werden, daß die ganze Erwähnung der cura auf Interpolation beruhe. So in der Tat Albertario a. a. O. S. 17f. Gegen ihn Solazzi S. 173 n. 1.

daß ein Tutor die Tutel mehrerer Brüder führte, war eben ein ungemein häufiger Fall, weit häufiger als der einer curatio über Brüder; daher bestand Veranlassung, jenen Fall zu nennen und den Schluß auf diesen dem Leser zu überlassen.

Papin. 5 resp. D. 27, 1, 30 § 1:

> Cum oriundus ex provincia Romae domicilium haberet, eiusdem curator decreto praesidis ac praetoris constitutus rerum administrationem utrubique suscepit. placuit eum duas curationes administrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur.

„Administrationem suscepit" widerspricht der These Solazzis; darum (S. 173): „per ritenerlo genuino è d'uopo credere che non sia un curator adulescentis, e bisognerebbe ad ogni modo ammettere un' interpolazione privativa che abbia soppresso il referimento alla curatio furiosi o ad altra implicante l'onere di amministrare". Gewiß, wenn man die These Solazzis als gegeben annimmt, aber auch nur dann!

Ulp. de off. praet. tut. Vat. 186 = D. 27, 1, 3:

> Tria onera tutelarum excusationem tribuunt.[1]) tria autem onera sic sunt accipienda, ut non numerus pupillorum plures tutelas faciat, sed patrimoniorum separatio: et ideo qui tribus fratribus tutor datus est, qui indivisum patrimonium habent[2]), vel quibusdam tutor, quibusdam curator, unam tutelam suscepisse creditur.

Solazzi (S. 173) erklärt den „quibusdam curator" für einen curator pupilli, wofür die Stelle keinerlei Anhalt bietet, meint aber, auch wenn es ein curator minoris wäre, bliebe die Entscheidung „unam tutelam suscepisse creditur" doch richtig, ohne daß deshalb die cura minorum zu den tria onera gezählt zu werden brauche. Gewiß: die Entscheidung bliebe auch dann richtig, wenn die cura bei den tria onera nicht mitzählte; nicht aber wäre zu verstehen, daß man das Bedürfnis fühlte, diese Entscheidung zu geben.

---

[1]) dant excusationem *Dig.* [2]) haberent *Dig.*

Zu verstehen ist das nur, wenn, handelte es sich nicht um Brüder, die cura besonders zählen würde, so gut wie die tutela.

Modest. 2 excus. D. 27, 1, 2 § 9

Ἔτι μὴν καὶ οἱ τρεῖς ἔχοντες ἐπιτροπὰς ἢ τρεῖς κουρατίονας [ἢ ἀναμεμιγμένας τρεῖς κουρατορίας τε καὶ ἐπιτροπὰς] καὶ ἔτι μενούσας, [τοῦτ' ἔστιν μήπω ἐκβάντων τὴν ἡλικίαν τῶν ἀφηλίκων,] οὗτοί ἀφίενται εἰς τετάρτην ἐπιτροπὴν ἢ κουρατορίαν καλούμενοι. ἀλλὰ μὴν κἂν κουράτωρ τις ᾖ μὴ ἀφήλικος, ἀλλὰ μαινομένου, εἰς τὸν ἀριθμὸν τῶν κουρατοριῶν καὶ αὕτὴ ὑπολογισθήσεται ἡ κουρατορία· ὅπερ οὕτως ἔχειν διδάσκει διάταξις Σεβήρου καὶ Ἀντωνίνου.

Als sicher interpoliert dürfen hier die beiden eingeklammerten Kommata gelten; das erste mit Rücksicht auf den bekannten Chiasmus, das zweite, weil es zu *καὶ ἔτι μενούσας* eine durchaus schiefe Erklärung gibt. Solazzi (S. 174) geht viel weiter. Nach ihm wäre die ganze Erwähnung der curatio im Eingang interpoliert, weil ja unter den „curationes" die cura furiosi, von der nachher doch besonders gehandelt wird, selbstverständlich inbegriffen gewesen wäre; und ebenso kann er von seinem Standpunkt aus die Echtheit des *κἂν κουράτωρ τις ᾖ μὴ ἀφήλικος* unmöglich zugeben, nicht nur deshalb, weil ja im vorhergehenden (nach Streichung der erwähnten schiefen Erläuterung) vom curator adulescentis gar nicht besonders die Rede gewesen wäre, sondern vor allem auch deshalb, weil es ihm unmöglich vorkommen muß, daß dem Juristen die Einrechnung der cura adulescentis näher gelegen haben soll, als die der cura furiosi. Allein man bedenke, in welch seltsamer, ja unbegreiflicher Weise hiernach interpoliert worden sein müßte! Man hätte im Eingang die *τρεῖς κουρατίονας* eingeschoben, doch in der Absicht, damit die curatio adulescentis und nur sie zu bezeichnen; statt aber dies einfach durch den Zusatz *ἀφηλίκων* zum Ausdruck zu bringen, hätte man vorgezogen, die Beschränkung der Absicht durch die unpassende Erläuterung zu *καὶ ἔτι μενούσας* zu bekunden. Sehr viel wahrscheinlicher ist mir, daß vor *ἀλλὰ μὴν* gekürzt, nämlich ein Satz gestrichen worden ist, worin

ausdrücklich gesagt, vielleicht ebenfalls durch ein Reskript belegt wär, daß die Einrechnung der cura adulescentis längst feststehe. Daran schloß sich dann zwanglos der Schlußsatz. Daß aber die Einrechenbarkeit der cura minoris früher zur Anerkennung gelangte als die der cura furiosi, ist wunderbar nur vom Standpunkt Solazzis aus. Diese Priorität kann reiner Zufall gewesen sein — die Kaiserreskripte entschieden eben den Fall, der ihnen vorlag —; es kann aber auch mitgespielt haben, daß die cura furiosi eine cura legitima war, der Gedanke, daß diese cura zugleich ein Recht des nächsten Agnaten sei, und daß man ein Recht, auch wenn damit Lasten verbunden seien, nicht zur Abwälzung anderer Lasten benutzen dürfe.

Als „assai grave" bezeichnet endlich mit Recht Solazzi (S. 175) Vat. 188 aus Ulp. de off. pr. tut.:

> In tribus non imputabitur tutela vel cura, quae affectata est. affectatam sic accipiemus, si vel appetita videatur vel, cum possit quis se excusare, ab ea se non excusavit. creditur enim affectasse qui onus cum posset declinare non recusavit, et id saepe decretum est in tutore, qui non potuit invitus dari tutor, vel curatore, qui cuius fuerat tutor, curator est nominatus.

Die Stelle handelt von der cura überhaupt; nichts deutet auf Interpolation.[1]) Solazzi weiß sich nur zu helfen durch den Hinweis auf die Möglichkeit, daß Ulpian in der Stelle doch nur an die curae gedacht habe, die nach Solazzi bei der Exkusation allein in Betracht kommen.

Man sieht: Solazzi ist entfernt nicht in der Lage, für seine Meinung, die cura adulescentis habe beim onus tutelarum nicht mitgezählt, aus den Quellen irgendeinen Beweis zu erbringen; seine ganze Beweisführung besteht in dem — mißglückten — Versuch, die klaren Gegenzeugnisse, die unsere Quellen bieten, durch Interpolationsvermutungen aus der Welt zu schaffen.

Wir kommen zu der zweiten Frage: gab es für den zur cura adulescentis Berufenen eine Exkusation? Die Sache

---

[1]) Anderer Meinung freilich Albertario a. a. O. S. 14f. Gegen ihn überzeugend Solazzi selbst S. 176 n. 1.

liegt, wie wir sehen werden, auch hier nicht anders. Man möchte erwarten, daß uns Stellen vorgeführt würden, worin das Exkusationsbedürfnis für den curator adulescentis so deutlich verneint oder unter solchen Umständen[1]) hineininterpoliert ist, daß daraus seine Nichtklassizität erhellte. Nichts von alledem. Solazzi ist auch hier überall nur auf der Defensive gegen die Zeugnisse der Quellen.

In einer Reihe von Quellentexten ist ausgesprochen, daß, wer die Tutel Jemandes geführt habe, daraus eine Exkusation von der cura dieses seines Mündels ableiten dürfe: Vat. 200, 220[2]), Paul. II 27, 2, C. 5, 62, 5 (Alex.). Jedermann wird dabei vor allem an die cura adulescentis denken.[3]) Solazzi (S. 176f.) glaubt sie einschränkend interpretieren und nur von den anderen Arten der cura verstehen zu dürfen. Freilich, eine Stelle, C. 5, 62, 20 nennt direkt den curator adulti; aber die Stelle ist von Diokletian, und für dessen Zeit nimmt Solazzi eine Rechtsänderung an.

Drei weitere Stellen befreien den Verlobten oder Ehemann von der cura über seine Braut oder Ehefrau; ihr Text wird insoweit von Solazzi nicht beanstandet, und daß es sich hier um eine cura minorum handelt, anerkannt. Es sind D. 27, 1, 1 § 5 (Modest. 1 excus.), Vat. 201 (Ulp. de off. pr. tut.), C. 5, 34, 2 (Alex.). Hier muß die Annahme aushelfen, daß der curator mulieris administratio besessen habe

---

[1]) Unter solchen Umständen: denn die bloße Tatsache, daß in eine klassische Stelle neben den darin genannten Tutor nachträglich auch noch der curator gesetzt worden ist, beweist, wie schon wiederholt bemerkt, garnichts. Vgl. oben S. 136. Im folgenden werden daher auch solche Stellen, bei denen nichts weiter hervorzuheben ist, als die Tatsache einer solchen Interpolation, beiseite gelassen.

[2]) Daß der lückenhafte Text in diesem Sinn zu ergänzen ist, kann nicht bezweifelt werden, mögen auch einzelne Worte unsicher bleiben.

[3]) S. (S. 176 n. 2) meint umgekehrt, der Fall müsse in klassischer Zeit ungemein selten gewesen sein und die Exkusationsfrage fast nur Schulwert besessen haben; denn Tutor und Mündel hätten gleiches Interesse daran gehabt, daß der Kurator ein anderer sei, der Tutor nämlich, um sich durch baldige Rechnungslegung befreien, der Mündel, um sich bei Abnahme der Rechnung durch den Kurator unterstützen lassen zu können. Aber jenem Interesse des Tutors dient ja gerade die Exkusation, und für den Mündel kommen bei der Wahl seines Vormundes doch wahrlich noch andere Interessen in Frage.

und deshalb auch exkusationsbedürftig gewesen sei. Nur schade, daß die Quellen das Administrationsrecht des curator mulieris nirgends als eine Besonderheit gerade dieser Art von cura erkennen lassen.

In D. 4, 4, 11 § 2 (Ulp. 11 ad ed.) wird von einem curator adulescentium ausdrücklich die Tatsache der Exkusation berichtet. Die Stelle wird aus ganz ungenügendem Grunde (vgl. oben S. 139) für interpoliert erklärt.

D. 27, 1, 36 § 1 (Paul. 9 resp.):

> Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat: quaero, si idem Titius pater petente eodem filio emancipato curator a praetore detur, an iure publico uti possit et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare. respondi praemium [quidem] patri, quod propter numerum liberorum ei competit, denegari non oportere. [sed cum filio suo curator petatur, contra naturales stimulos facit, si tali excusatione utendum esse temptaverit].

Bis auf den Schluß[1]) ist die Stelle durchaus unverdächtig. Solazzi (S. 179) ist freilich die Wendung „eius aetatis, ut curatores accipere debeat" anstößig; ein solches Lebensalter habe es zu Paulus' Zeiten nicht gegeben; er vermutet daher, statt „curatores" habe im Original „tutores" gestanden. Letzteres ist unmöglich, da Tutor eines impubes emancipatus sein manumissor kraft Gesetzes ist und nicht kraft prätorischer Ernennung. Auch sind die Worte „petente eodem filio emancipato" verständlich nur, wenn schon im klassischen Text „curator" stand; Justinian hätte diese Worte sicher nicht interpoliert. Jenes debeat ist aber ganz harmlos: mag immer das Gesetz das Erfordernis eines Antrags aufstellen, ist es um deswillen weniger wahr, daß ein fünfzehnjähriger Junge zur Verwaltung seines Vermögens eines Kurators bedarf?

C. 5, 36, 2 (Alex.):

> Potuit quidem et debuit *competens iudex* in locum excusati curatoris, licet pupillus alios quoscumque haberet

[1]) Dazu Kalb, Die Jagd nach Interpol. S. 39f.

tutores, dare. quamvis autem curator cum aliis in locum eius substitutus sis, tamen periculo administrationis ultra pubertatis tempora non adstringeris.

Die Stelle handelt von einem curator pupilli. Im Eingang ist das Wort „curatoris" — darin hat Solazzi (S. 181) ganz recht — unecht, freilich m. E. keine Interpolation, sondern ein durch die nachfolgende Entscheidung veranlaßtes ungeschicktes Glossem. Der excusatus war ein tutor, den der Magistrat korrekterweise durch einen oder auch mehrere neue Tutoren hätte ersetzen müssen; statt dessen hatte er inkorrekterweise Kuratoren ernannt.[1]) Im Original stand:

Potuit quidem et debuit............ in locum excusati, licet pupillus alios quoscumque haberet tutores, *tutores* dare.

Aber auch so emendiert, bleibt die Stelle für Solazzi verhängnisvoll. Woher denn der Zweifel darüber, ob den versehentlich ernannten curator das periculum administrationis nicht auch noch ultra pubertatis tempora treffe, ein Zweifel, der bei Ernennung eines Tutor nicht bestanden hätte? Doch offenbar nur, weil es eine andere Art Kuratoren gab, die diese Gefahr unbezweifelt zu tragen hatten, die curatores adulescentium.

In D. 27, 1, 8 § 7 berichtet Modestin, daß ein Veteran sich von der cura über einen verwaisten miles minor nicht exkusieren könne. Derselbe Satz findet sich auch in C. 5, 65, 2 (Gordian), wo aber vielleicht erst die Kompilatoren diesen Fall der cura der Vervollständigung halber neben die ursprünglich allein genannte tutela filiorum conveterani eingesetzt haben. Der Satz selbst ist sicher klassisch, das gibt auch Solazzi (S. 183) zu. Er steht in Widerspruch mit seiner These: denn wenn es für den curator adulescentis Exkusationen überhaupt nicht gab, warum die Unzulässigkeit der Exkusation gerade hier besonders hervorheben? Er hilft sich durch die Annahme, der curator militis minoris habe, anders als der curator pagani, Administration

---

[1]) Vgl. Solazzi, S. 181 und den von ihm angef. Text Bas. 38, 1, 48.

gehabt, mit Rücksicht darauf, daß der Soldat seine Angelegenheiten nicht selbst verwalten könne. Aber bestand denn diese Schwierigkeit nur für den minderjährigen Soldaten? konnte dieser nicht, so gut wie der volljährige, sich einen Prokurator ernennen? und warum wird nur bei diesem Exkusationsgrund hervorgehoben, daß er auf die cura militis minoris keine Anwendung finde, und nicht umgekehrt, wie man es nach Solazzi erwarten müßte, bei allen anderen Exkusationsgründen, daß sie bei dieser cura im Gegensatz zu der Regel der cura minorum, ausnahmsweise Platz griffen?

VI. Die Prozeßfähigkeit der Minderjährigen.

Es muß m. E. heute als ausgemacht gelten, daß der minor pubes in klassischer Zeit durchaus prozeßfähig war, d. h. nicht nur sich gegenüber einer Klage selbständig defendieren, sondern auch selbständig ohne seinen Kurator als Kläger auftreten konnte. Diese seine Prozeßfähigkeit wird durch eine große Zahl von Zeugnissen bewiesen[1]), und wenn ich auch in der Wertung einzelner darunter von Solazzi abweiche, so wird das Gesamtergebnis dadurch nicht geändert. Die Prozeßfähigkeit ist ja auch praktisch eine fast notwendige Konsequenz der Geschäftsfähigkeit. Die scheinbar klassischen Stellen, die mit diesem Resultat in Widerspruch stehen, sind — auch darin stimme ich mit Solazzi überein — samt und sonders interpoliert, und zwar in einer Weise, die schon an sich darauf hindeutet, daß der klassische Rechtszustand ein anderer war. Zu diesen interpolierten Stellen gehört namentlich zweifellos Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 1 § 3[2]), Ulp. 52 ad ed. D. 36, 4, 5 § 20 Paul. 1 sent. 42, 1, 54pr., 45 § 2.[3]) Unecht ist auch der Schlußsatz von Ulp. 60 ad ed. 42, 5, 5 von licet ab, wobei ich allerdings eher an ein ungeschicktes nachklassisches Glossem als mit Solazzi (S. 227f.) an eine Interpolation denken

---

[1]) Vgl. Solazzi S. 196f.

[2]) Vgl. Solazzi S. 206 und die dort angef. älteren Schriftsteller (A. Faber, Rudorff, Gradenwitz).

[3]) Zu diesen drei Stellen vgl. Solazzi S. 230f.

möchte.[1]) Wenn ich bei anderen Stellen hinsichtlich des Maßes oder der Art der anzunehmenden Interpolation von Solazzi differiere[2]), so ist auch dies für das Gesamtergebnis ohne Bedeutung. Ich gehe auf dies Material weiter gar nicht ein. Durchaus verträglich mit dieser vollen Prozeßfähigkeit der Minderjährigen ist — dies sei noch gesagt — daß er für Andere — wegen der Restitutionsgefahr — nicht als defensor idoneus galt, Ulp. 60 ad ed. D. 3, 3, 51 pr. (Solazzi S. 199), wie auch, daß er bis zur Vollendung des 17. Lebensjahres nach dem Edikt de postulando zum Postulieren eines advocatus bedurfte, den ihm im Notfall der Prätor bestellte, Ulp. 6 ad ed. D. 3, 1, 1 § 3. 4 (Solazzi S. 234f.). Und ebensowenig kann die Prozeßfähigkeit des minor durch die in dem Papyrus BGU 611 fragmentarisch erhaltene oratio principis (Solazzi S. 231f.) widerlegt werden; denn hier verhindern die in dem entscheidenden Passus vorhandenen Lücken jeden auch nur halbwegs sicheren Schluß in der uns hier allein interessierenden Richtung.[3])

---

[1]) Die Stelle gehört der Inskription nach als Kommentar zu dem Edikt Qui absens iudicio defensus non fuerit, und wollte betonen, daß der minor pubes die dem Pupillen in diesem Edikt eingeräumte Ausnahmsstellung nicht habe (EP.[2] S. 400 n. 9), d. h. bei mangelnder Defension der bonorum venditio ausgesetzt sei, auch wenn die absentia sich nicht als latitare charakterisiere: etsi non latitet. Der nachklassische Glossator mißverstand diese Worte, als ob sie besagen wollten, daß ein Minderjähriger gar nicht „latitieren" könne, weil er (was nur für das nachklassische Recht zutrifft) sich selbst nicht defendieren könne. Das licet hinter dem etsi ist schon stilistisch unmöglich.

[2]) So ist z. B. bei Modest. 2 resp. D. 3, 5, 26 (Solazzi S. 199) m. E. zwar der Satz „fratre — constituto" ein Einschiebsel, der Eingang aber unverdächtig. Die minor aetas des einen Bruders wird hier nicht als etwas rechtlich für die Entscheidung bedeutsames erwähnt, sondern nur um zu erklären, wie es kam, daß der ältere Bruder tatsächlich so selbstherrlich über das gemeinsame Grundstück zu verfügen vermochte.

[3]) Die von Solazzi S. 233 vorgeschlagene Ergänzung halte ich freilich aus sachlichen und sprachlichen Gründen für unmöglich: weder kann unter dem „auxilium legis Plaetoriae" die vom Prätor eingeführte in integrum restitutio verstanden werden, noch ist die übrigens auch aus andern Gründen anstößige Konjektur „careant" mit dem vorhergehenden Akkusativ lites (oder res) suas agendas zu vereinbaren. Der Akkusativ verlangt (mit größter Wahrscheinlichkeit) ein vorhergehendes ad.

Nur eine Frage bleibt nach alledem zu erörtern: was war die rechtliche Stellung des Kurators gegenüber dem prozeßfähigen minor? Besaß der pubes volle Prozeßfähigkeit, können wir dann annehmen, daß der curator gleichwohl ohne weiteres befugt war, ihn prozessual zu vertreten? und wenn er dazu nicht befugt war, wie verträgt sich dieser Mangel mit dem Administrationsrecht, das wir dem Kurator zuschreiben?

Dem curator adulescentis fehlte in der Tat zur Zeit der Klassiker das prozessuale Vertretungsrecht, das vielmehr im Edikt ausdrücklich nur dem tutor impuberis und dem curator furiosi eingeräumt war. Wo immer die Klassiker das Gegenteil zu sagen scheinen, stoßen wir auf deutliche Merkmale der Interpolation. Echt sind nur die Stellen, die den curator als defensor seines Mündels erwähnen[1]); aber dies Defensionsrecht ist ja garnichts besonderes; defendieren — unter Stellung der cautio iudicatum solvi, Gai. IV 101 — konnte den minor ja auch jeder andere. Verändert dagegen sind fast alle die Stellen, die dem curator für seinen Mündel die potestas agendi zuschreiben. Ulp. 77 ad ed. D. 46, 7, 3 § 1f. führt die Personen auf, die vertretungsweise die cautio pro praede litis et vindiciarum zu fordern berechtigt sind; sie sind — gewisse Ausnahmen (§ 3) vorbehalten — identisch mit denjenigen, die nach dem Edikt die potestas agendi pro alio besitzen (arg. § 3 und 5). In § 6 ist hier von dem curator die Rede, aber im Urtext augenscheinlich nur vom curator furiosi und pupilli. Was auf deren Erwähnung folgt:

> ceterorum quoque curatores, puta adulescentis, vel si alterius cuius curator sit, committi puto stipulationem —,

dies Gestammel ist dem Ulpian nicht zuzutrauen.[2]) Offenbar war die potestas agendi für den Mündel im Edikt nur denjenigen Arten von Vormündern verliehen, zu deren Gunsten auch eine Ausnahme vom Postulationsverbot des Infamenedikts (EP. § 16) gemacht war. Längst als interpoliert anerkannt sind ferner Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 1 § 3. 4, wo der Kurator in Angelegenheiten des Mündels als rechter

---

[1]) Solazzi S. 219f. [2]) Solazzi S. 204f.

Beklagter und Kläger hingestellt wird.[1]) Deutliche, z. T. schon von Andern bemerkte, Interpolationsmerkmale tragen auch Ulp. 6 opin. D. 8, 5, 15[2]), Ulp. 36 ad ed. D. 12, 3, 4pr. und weitere von Solazzi S. 204 f. behandelte Stellen.

Trotz alledem glaube ich, daß Solazzi mit seinen Folgerungen zu weit geht. Man muß erwägen, daß, mochte auch das Edikt nur dem curator furiosi die potestas agendi für den Mündel beilegen, doch der Prätor dadurch nicht gehindert war, aus besonderen Gründen gelegentlich auch einen anderen curator als Kläger zur Litiskontestation zuzulassen. Namentlich in zwei Fällen scheint mir dazu ein dringendes Bedürfnis vorgelegen zu haben. Hatte der curator adulescentis, wie wir im Gegensatz zu Solazzi glauben, Administrationsrecht und Administrationspflicht, so muß es ihm möglich gewesen sein, den früheren tutor auch wider den Willen des vielleicht leichtsinnigen oder schwer zu leitenden oder von dem Tutor beeinflußten Mündels zur Rechnungsablage und Herausgabe des Vermögens zu zwingen; denn ohne solche konnte er weder jenes Recht gebrauchen noch jener Pflicht genüge tun. Ich trage daher Bedenken, den Bericht des Paulus I 4, 2 anzuzweifeln:

> Tutor post finitam tutelam si in administratione duret, actione negotiorum gestorum pupillo vel curatori eius tenebitur.

Ebensowenig halte ich, wie es Solazzi will, für interpoliert Modest. 6 resp. D. 26, 7, 32pr.

> Sine herede tutor decessit: quaero, an curator pupillo datus, cum neque inventaria neque alia instrumenta a fideiussore[3]) tutoris exhibeantur, possit eundem fideiussorem[4] convenire ex stipulatione, quanti pupilli interest. Modestinus respondit in id quod tutor conveniri potuit, fideiussorem[4]) quoque conveniri posse.

Solazzi (S. 213) bemerkt zu dieser Stelle: nach dem Tod des Tutors werde dem impubes kein Kurator, sondern ein anderer Tutor ernannt. Aber in der Stelle steht nicht,

---

[1]) Solazzi S. 206f. [2]) Solazzi S. 209. [3]) sponsore *Mod*
[4]) sponsorem *Mod.*

daß der Tutor durante tutela gestorben sei. Es ist einfach gefragt, ob und worauf der curator den sponsor des erblosen Tutor belangen könne. Nichts lag vor, was die Kompilatoren hätte bestimmen können, den neuen Vormund, wenn Modestin ihn als tutor bezeichnet hatte, in einen curator zu verwandeln.[1]) Ein zweiter Fall, wo der Prätor m. E. aus zwingenden praktischen Gründen den Kurator zur aktiven prozessualen Geltendmachung von Rechten des Minderjährigen zulassen mußte, war die Erbittung der Restitution. Hatte der Kurator Administrationsrecht, so mußte er auch die Möglichkeit haben, von dem Minderjährigen leichtsinnig geschlossene Geschäfte, die seine Verwaltung durchkreuzten, aus dem Wege zu räumen, auch wenn dieser sich weigerte, die Restitution zu beantragen. Ich bin daher wenig geneigt, eine sonst unverdächtige Stelle bloß um deswillen zu beanstanden, weil sie den Kurator selbst Restitution beantragen läßt. Für unverdächtig halte ich insbesondere Modest. 2 resp. D. 4, 4, 29 pr.:

> Etiamsi patre eodemque tutore auctore pupillus captus probari possit, curatorem postea ei datum nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi.

Solazzi (S. 209) nimmt Interpolation an, nämlich Ersetzung des ursprünglichen „tutorem" durch „curatorem". „Postea" würde, meint er, zwar genügen, um anzudeuten, daß dem Vater ein anderer Tutor gefolgt, nicht aber, um klarzustellen, daß der Pupill mündig geworden sei. Ich dächte doch, daß „postea" in Verbindung mit „curatorem" über diesen Punkt für den unbefangenen Leser keinen Zweifel läßt.

Immerhin bin ich mit Solazzi darüber einig, daß der Kurator regelmäßig als Vertreter des klagberechtigten Kurators nicht zugelassen wurde. Man muß die Frage aufwerfen, aus welchem Grund dem sonst administrationsberechtigten Kurator diese Befugnis vorenthalten wurde.

---

[1]) In D. 26, 10, 3 § 6 sehe ich zwar keinen ausreichenden Grund, gerade die Worte „a concuratoribus" für interpoliert zu erklären; aber der ganze Satz, worin sie vorkommen, ist verdächtig (s. S. 183 f.) und bleibt daher außer Betracht.

Der Grund liegt indes ziemlich nahe. Auf Geschäfte mit dem minor pubes brauchte sich Niemand einzulassen, trotz seiner Geschäftsfähigkeit; verklagen lassen aber mußte man sich von ihm, und hätte man also neben ihm noch den Kurator als klageberechtigt zugelassen, so hätte dies für den Gegner die Möglichkeit einer schweren Belästigung bedeutet. Die potestas rem in iudicium deducendi konnte man dem Kurator nicht geben, ohne die Prozeßfähigkeit des adulescens illusorisch zu machen; gab man sie ihm aber nicht, und gab man ihm gleichwohl die potestas agendi, so war der Beklagte der Gefahr doppelter Belangung und doppelter Defensionspflicht ausgesetzt. Gewiß, die vom Kurator jedenfalls zu stellende cautio ratam rem haberi gewährte dem Beklagten Deckung, und auf Grund dieser Deckung konnte man ihn auch ausnahmsweise zur Klage zulassen, wo das Interesse der Administration dies forderte; daraus aber, bei der vollen Prozeßfähigkeit des Minderjährigen, eine Regel zu machen — wie das beim curator furiosi allerdings geboten war — wäre äußerst bedenklich gewesen. Regelmäßig wird der Kurator in der Lage gewesen sein, den Minderjährigen gebotenenfalls zum prozessualen Vorgehen zu veranlassen.

Die Prozeßfähigkeit des adulescens war nun freilich für den Gegner mit einer andern Gefahr verknüpft: der drohenden Gefahr der Restitution. Die Quellen lassen deutlich erkennen, wie man dieser Gefahr begegnete[1]): der Gegner forderte den Minderjährigen auf, sich einen curator in litem zu erbitten, und wenn er diesem Ansinnen nicht entsprach, wurde ihm der curator von Amtswegen bestellt, wie dies durch C. 5, 31, 1 (Caracalla) und 7 (Gordian) und I. 1, 23, 2 bezeugt ist. In der Regel dürfte dieser curator in litem den Prozeß dann wohl nicht selbst als Vertreter übernommen, sondern sich darauf beschränkt haben, dem minor dabei zu assistieren, Ulp. 13 ad ed. D. 26, 7, 25. Ausgeschlossen wurde dadurch die Restitution freilich, wie aus eben dieser Stelle ersichtlich, de iure nicht; wohl aber wird sie tatsächlich in der Regel zurückgewiesen worden sein.

---

[1]) Dazu Solazzi S. 221.

Es ist dasselbe Verfahren, das nach D. 4, 4, 7 § 2[1]) auch bei Zahlungen an den Minderjährigen beobachtet zu werden pflegte.

Erst im nachdiokletianischen Recht wird es unbedingter Grundsatz, daß der Minderjährige zur Klageerhebung, wie zur Defension des Konsenses eines Kurators bedarf. Man darf sich, wie Solazzi (S. 223) mit Recht bemerkt, nicht irre führen lassen durch C. 3, 6, 2 (Diocl. et Max.):

> In rebus quae privati iudicii quaestionem habent, sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet.

Solazzi (S. 223) zweifelt mit Grund an der Echtheit dieser Stelle trotz ihres absolut klassischen Stils, deshalb weil offenbar dem gleichen Reskript (an Aurelia Agemache adressiert) auch Vat. 326 entstammt, wo sich das, was wir l. c. lesen, nicht findet, wohl aber statt dessen die Bemerkung:

> procuratorem tam puellam tutore auctore quam adultam posse facere nulli dubium est.

Daß die adulta einen Prokurator habe ohne Kurator ernennen können — das muß nach der Stelle angenommen werden, da sie vom Kurator nichts sagt —, um aber selbst zu prozessieren, des consensus curatoris bedurft habe, wird niemand für wahrscheinlich halten.

VII. Die cura minorum und die actio negotiorum gestorum.

Von einem ganz anderen Ausgangspunkte aus als Solazzi will Partsch den Nachweis führen, daß der klassische curator adulescentis des Administrationsrechts entbehrte. Er nimmt, einerlei einstweilen, aus welchen Gründen an, daß das ediktale iudicium negotiorum gestorum nur auf den voluntarius procurator berechnet und nur für ihn

---

[1]) Die Stelle ist jedenfalls insoweit ganz unverdächtig. Ob sie im übrigen Interpolationen enthält — dazu Partsch S. 78 in der Note und die dort angef. — kann hier dahingestellt bleiben.

bestimmt gewesen sei. Ist diese Annahme richtig, so ergibt sich die Konsequenz, daß auf Verwalter kraft Amtes, wie es der curator furiosi und prodigi unbezweifelt waren, die actio negotiorum gestorum als directa nicht anwendbar gewesen sein kann, sondern nur eine utilis n. g. actio: eben diese Konsequenz glaubt Partsch in den Quellen bestätigt zu finden. Dagegen, so meint er, sei nach den Quellen für die Auseinandersetzung zwischen dem curator adulescentis und seinem Mündel die actio n. g. directa zuständig gewesen, und daraus folge, daß dieser Kurator kein Verwalter kraft Amtes gewesen sein könne. Habe er tatsächlich die Verwaltung übernommen, so habe er als voluntarius procurator fungiert, womit die Anwendbarkeit der actio directa gegeben gewesen sei. Erst Justinian habe der directa auch hier die utilis n. g. actio substituiert.

Gegen diese Auffassung drängen sich, zunächst von den Quellen abgesehen, zwei schwerwiegende Bedenken auf. Ist es denkbar, daß das Edikt, und zwar noch das Julianische Edikt, kein Rechtsmittel enthalten haben sollte, womit die Verantwortlichkeit der administrierenden Kuratoren geltend gemacht werden konnte, daß die Rechenschaftspflicht dieser Kuratoren vielmehr nur durch die Jurisprudenz und eine an sie angelehnte, die actio über ihre ediktalen Grenzen ausdehnende Praxis begründet wurde? Und weiter: wenn der curator adulescentis die Vermögensverwaltung nur als freiwilliger Prokurator des vollkommen handlungsfähigen adulescens übernehmen konnte, so liegt auf der Hand, daß dies in aller Regel mit dem Willen und auf Ersuchen des adulescens geschehen, d. h. daß der Kurator fast immer dessen Mandatar, und nicht sein bloßer Gestor, gewesen sein müßte, daß wir also in den Quellen als hier zuständiges Rechtsmittel in der Überzahl der Fälle die actio mandati und nicht die actio negotiorum gestorum zu erwarten hätten. Auch Partsch hat sich diese Einwendung gemacht.[1]) Aber er meint, es sei das wohl „so zu erklären, daß man nicht ein Geschäft zwischen curator und adulescens annehmen wollte, um nicht dieses Auftragsverhältnis

---

[1]) S. 75f.

dem Plätorischen Einwand auszusetzen." Mir scheint das keineswegs durchschlagend. Zunächst: die actio mandati contraria, mit der die Haftung des Mündels geltend zu machen gewesen wäre, geht bekanntlich lediglich auf Ersatz der impendia bona fide facta. Ich sehe nicht, welche Bedeutung gegenüber einem Anspruch solchen Inhalts jener Einwand hätte besitzen können. Weiter aber: Partsch nimmt, wie ich glaube, mit Recht an, daß die Formel der actio negotiorum gestorum durch ihre Fassung ihre Anwendung im Fall eines Mandats ausschloß; er vermutet sogar, daß die Worte „sine mandatu" darin enthalten waren, und glaubt, daß man gerade aus diesen Worten die Unanwendbarkeit der actio directa auf andere Fälle als die der freiwilligen Geschäftsführung gefolgert habe. War dem nun so, so konnte man doch unmöglich, falls der adulescens seinem Kurator tatsächlich einen Verwaltungsauftrag gegeben hatte, durch Ignorierung dieser Tatsache die ihrem Wortlaut nach unverwendbare Formel ohne weiteres anwendbar machen; ein Mandat lag dann doch vor, und das „sine mandatu" traf nicht zu. Meines Erachtens liefert daher der Umstand, daß wir im Verhältnis zwischen curator und adulescens nirgends der actio mandati begegnen, für sich allein schon den Beweis, daß Partsch (und Solazzi)[1]) dies Verhältnis nicht richtig auffassen.

Welchen positiven Befund aber ergeben nun unsere Quellen? Kein Zweifel — darin stimme ich mit Partsch überein —, daß Justinian das zwischen dem adulescens und seinem curator stattfindende Rechtsmittel als utilis negotiorum gestorum actio aufgefaßt wissen wollte. Er selber bezeichnet es so in C. 5, 37, 26 § 1, und die Byzantiner[2]) folgen ihm darin. Kein Zweifel ferner, daß dies keine Besonderheit der cura adulescentis sein, sondern gleichermaßen von allen Fällen der cura gelten sollte. Das erweisen die Digestenrubriken 27, 3 und 27, 4: de tutelae et .... utili curationis causa actione und de contraria tutelae et utili

[1]) S. oben S. 131 n. 2.

[2]) Doroth. zu D. 27, 3, 13 (Bas. 38, 3, 13 sch. 1), Anon. zu D. 27, 3, 13 (eod. sch. 3), D. 3, 5, 34 (Zach. suppl. p. 151 sch. 75), D. 27, 5, 3 § 6. 7 (Bas. 38, 5, 1 sch. 4 und 5).

actione: daß diese utilis actio nichts anderes sein sollte als die utilis n. g. actio, entspricht ja der allgemein herrschenden Meinung und war auch die Meinung der Byzantiner.[1]) Auf der anderen Seite wissen wir durch das Zeugnis des Thaleläus, daß in dem Urtext des Reskriptes von Caracalla, das jetzt als C. 2, 18, 8 figuriert, nicht gegen beliebige Geschäftsführer, sondern gegen den curator adulescentis die actio n. g. directa zugelassen war und daß die Kompilatoren den Text änderten, *ἵνα μηδὲν ᾖ τὸ ἀντικείμενον.*[2]) Die Leute Justinians haben also zweifellos hier am klassischen Recht geändert. Wenden wir uns nun zu den Stellen der Digesten und des Codex, die sich mit der wider die Kuratoren zuständigen actio beschäftigen, so finden wir, daß sie als solche zum Teil die n. g. actio schlechtweg bezeichnen, zum Teil eine utilis n. g. actio oder, was gewiß auf dasselbe hinausläuft, eine utilis actio ohne näheren Beisatz. Wie haben wir diese Zeugnisse zu werten? Ich denke, es ist klar: die Stellen, die die actio n. g. schlechtweg, d. h. in klassischen Texten die directa, gewähren, haben eine starke Vermutung der Echtheit für sich; denn so leicht es sich begreift, daß die Kompilatoren gelegentlich solche Stellen durchschlüpfen ließen, so unglaublich wäre die Annahme, daß sie die im Urtext vorgefundene Bezeichnung als utilis im Widerspruch mit den Absichten Justinians gestrichen hätten. Umgekehrt, die Texte, die von actio utilis reden, legen schon an sich den Interpolationsverdacht nahe, und wenn dieser noch durch andere Momente gestützt wird, so wird er zur Gewißheit. Bei dreien von den fünf hierhergehörigen Texten ergibt sich die Interpolation schon daraus, daß die zuständige actio als „utilis actio" oder „utile iudicium" schlechtweg bezeichnet wird, ohne jeden Zusatz. Es sind dies Ulp. 29 ad edict. D. 15, 1, 9 § 4[3]), Ulp. 6 opin.

[1]) Vgl. die in der vorigen Note angef. Stellen des Anonymus, besonders die letzte: *τῇ οὖν οὐτιλίᾳ κατέχεται ὡς πᾶς κουράτωρ.*

[2]) Zachar. suppl. S. 158 sch. 21. Dazu Partsch S. 68 n. 6.

[3]) Diese Stelle handelte im Urtext nur von der Tutel. Nicht bloß die Erwähnung der cura (Solazzi S. 34), auch die der negotiorum gestio geht auf Interpolation zurück. Deutliches Indiz dafür ist das auf his personis zurückzubeziehende falsche Maskulinum quorum.

D. 27, 9, 10. Carac. C. 5, 54, 2. Das Reskript C. 2, 18, 17 (Diocl. et Max.) ferner handelt von der Haftung nicht des Kurators, sondern seiner Erben, und zwar aus eigenen Verwaltungshandlungen, nicht aus solchen ihres Erblassers, d. h. von einem Fall gewöhnlicher negotiorum gestio; die Interpolation beruht hier auf einem Versehen der Kodexredaktoren, — troppo zelo, wie schon Alibrandi[1]) bemerkt hat. Bleibt noch das Reskript der gleichen Kaiser C. 5, 51, 7:

> Quidquid tutoris dolo vel lata culpa vel levi culpa sive curatoris minores amiserint vel, cum possent, non quaesierint, hoc etiam in tutelae sive negotiorum gestorum utile iudicium venire non est incerti iuris.

Partsch (S. 71 n. 1) will in dieser Stelle nur die Worte „vel lata culpa vel levi culpa" streichen.[2]) Die Erwähnung des curator dagegen hält er für echt und läßt den Einwand nicht gelten, daß die Kaiser doch aus der Anfrage hätten wissen müssen, ob es sich um einen tutor oder einen curator handle: „tutor sive curator" bezeichne in der Zeit dieses Reskriptes bereits nicht mehr zwei verschiedene Arten von Vormündern; der Unterschied zwischen tutor und curator sei damals schon ganz verblaßt gewesen, und daher habe man denselben Vormund mit dem Doppelausdruck „tutor sive curator" bezeichnet.[3]) Ein solcher Sprachgebrauch ist indes für Reskripte Diokletians noch nicht sicher nachgewiesen.[4]) Daß er unserm Reskript nicht zugrundeliegt, ergibt die Wortstellung: wäre mit „tutor

---

[1]) Bullett. 2 p. 153.

[2]) Mitteis, Röm. Priv.-R. I S. 335 n. 76, streicht nur „vel lata culpa". Aber „dolo vel levi culpa" ist, wie Solazzi S. 245 n. 3 mit Recht bemerkt, unmöglich; er selbst vermutet im Urtext „tutoris culpa".

[3]) Vgl. Partsch S. 92f.

[4]) Einen sicheren Anhalt gibt auch nicht das Consult. 5, 6 zitierte Reskript aus dem Cod. Herm. Der Tatbestand ist uns dort nicht vollständig überliefert (vgl. die Bemerkung: inter cetera et ad locum). Der Satz, womit das Zitat anfängt, „Si tutor vel curator plus petierit, causa cadit", stellt nur abstrakt einen Rechtssatz fest, der sehr wohl in allgemeinerer Form angeführt werden konnte, als dies für die Entscheidung des einzelnen Falles erforderlich war. Dies gegen Partsch S. 94 unt.

sive curator" nur ein Vormund bezeichnet, so müßte es heißen: quidquid tutoris sive curatoris dolo minores amiserint. Das Nachhinken des „sive curatoris" zeigt deutlich, daß die Entscheidung für zwei verschiedene Arten von Vormündern gelten sollte; das aber, und also auch die Erwähnung der utilis n. g. actio, kann nur auf Rechnung der Leute Justinians gesetzt werden. Es sind hiernach sämtliche Zeugnisse, die die actio zwischen Kurator und Mündel als utilis actio bezeichnen, interpoliert.

Die actio n. g. schlechtweg, d. h. also die directa, wird als gegen den Kurator zuständig ebenfalls in fünf Stellen erwähnt. Unter diesen ist eine sicher interpoliert, C. 4, 26, 1, ein Reskript Severs und Caracallas, das die Interpolation durch den Doppeltatbestand „cum filius familias tutor [aut curator] datur" verrät. In den übrigen vieren halte ich die Erwähnung der n. g. actio für klassisch. Über Ulp. 35 ad ed. D. 26, 7, 5 § 6 habe ich mich schon oben (S. 152) ausgesprochen. In D. 27, 3, 13 — aus dem gleichen Buch Ulpians — nimmt Solazzi (S. 69) weitgehende Interpolationen an, m. E. mit Unrecht. Die Stelle ist nur gekürzt. Der Eingang bis „continebitur" gibt die Meinung eines andern, von Ulpian angeführten Juristen wieder[1]), dessen Namen die Kompilatoren, wie öfter[2]), unterdrückt haben. Von „et est verum" ab nimmt Ulpian Stellung. Keinen entscheidenden Grund sehe ich dafür, den Schlußsatz anzuzweifeln:

> Sed et si quis, cum tutelam administrasset, idem curator adulescenti fuerit datus, dicendum est negotiorum gestorum eum conveniri posse.

Zwar hat der Klassiker gewiß nicht geschrieben: negotiorum gestorum (conveniri posse), sondern n. g. actione oder iudicio. Aber die Weglassung von actio oder iudicium beim Aktionennamen — das sog. Collinet'sche Interpolations-

---

[1]) Unrichtig ist die Behauptung Solazzis: il tutore, che vende i fondi del pupillo „post pubertatem", compie un atto nullo. Der Verkauf ist gültig, verpflichtet und berechtigt den Verkäufer, sodaß die Frage nach der Auseinandersetzung wegen solcher Geschäfte sehr wohl aufgeworfen werden konnte.

[2]) Vgl. Krüger, Gesch. d. Quellen² § 43 n. 34. 35.

merkmal[1]) — ermöglicht für sich allein durchaus keinen auch nur einigermaßen sicheren Schluß auf weitergehende Textveränderung, da überall die Möglichkeit offen bleibt, daß der byzantinische Eingriff sich einfach auf die Streichung des fraglichen Worts beschränkt.[2]) Wo, wie hier, der Text im übrigen tadelloses Latein aufweist, wird diese Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit. Übrig bleiben nun von den fünf noch zwei Stellen, die zufällig von Kuratoren handeln, die auch nach der neuen Lehre unstreitig Administrationsrecht und Administrationspflicht haben, also nach Partsch mit actio utilis belangt werden müßten. Paul. 8 ad Sab. D. 27, 3, 4 § 3:

> Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione dum impubes est is cuius tutela geritur, constitutum est.

Mag der Begründungssatz von quia ab interpoliert sein[3]) oder nicht, der Eingang ist jedenfalls ganz unverdächtig. Ebenso ist die Echtheit von C. 2, 30, 1 (Sever. et Anton.) nicht anzuzweifeln, wo nach der Inskription (Anniae) ein curator mulieris in Frage steht:

> Si post decretum praetoris v. c., qui fideicommissariam libertatem deberi pronuntiavit, Secundus, quem condicioni non paruisse conquereris, manumissus non est, aetas tua litis instaurationem admittit. quod si libertatem quamvis indebitam dedisti, non posse eam revocari intellegis, sed damnum quod ob eam causam illatum est, iudicio negotiorum gestorum a curatoribus tuis esse sarciendum.

Wir haben also guten Grund zu der Annahme, daß die Verantwortlichkeit der administrationsberechtigten Kuratoren mittels actio directa, nicht utilis geltend gemacht wurde. Daß Partsch zur entgegengesetzten Meinung ge-

---

[1]) Collinet, NRH. 34 p. 157f.

[2]) Vgl. meine Bemerkung in der Festgabe für Sohm (1914) S. 221 n. 5.

[3]) Partsch S. 73 n. 3.

langte, geht auf eine einzige Stelle zurück, die er, obwohl das Wort utilis darin nicht überliefert ist, dennoch von einer utilis n. g. actio bei der cura furiosi versteht, freilich nicht von einer solchen wider den curator, sondern von der des curator gegen den Mündel. Es ist Ulp. 10 ad edict. D. 3, 5, 3 § 5:

> Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio. curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Labeo ait.

Der Gegensatz zwischen der dem gewöhnlichen negotiorum gestor zuständigen (competit) actio directa und der dem curator furiosi zu gewährenden (dandam) actio ist hier in der Tat handgreiflich. Wie erklärt er sich? Es liegt gewiß nahe, bei der actio danda an eine utilis actio zu denken. Dennoch ist sehr die Frage, ob damit das richtige getroffen ist. Zunächst: es ist höchst unwahrscheinlich, daß, wie P. Krüger und Partsch (S. 35, 73) annehmen, die Kompilatoren in dieser Stelle das ihnen sonst für diese actio geradezu technische Wort utilem gestrichen haben; es wird auch im Original nicht gestanden haben und statt dessen vielmehr auf die hier zu gewährende Formel selbst ausdrücklich hingewiesen worden sein. Das strichen die Leute Justinians als unwesentlich zusammen. Aber auffallend bleibt die Wendung natürlich auch so. Den Schlüssel des Rätsels dürfte aber Partsch selbst geliefert haben. Durch seine Ausführungen ist es m. E. so gut wie sicher, zum mindesten sehr wahrscheinlich geworden, daß in dem Originaledikt de negotiis gestis anstelle der Worte, die wir heute in D. 3, 5, 3 pr. lesen: Si quis negotia *alterius* gesserit, die Worte standen: Si quis absentis negotia gesserit.[1]) Dem Edikt folgten sehr natürlich auch die formulae in factum conceptae[2]), während die formula in ius concepta von der Erwähnung der absentia absah. Der Unterschied ist leicht verständlich. In der absentia domini liegt in der großen Mehrzahl der Fälle die objektive Rechtfertigung für das Eingreifen in fremde Angelegenheiten,

[1]) Vgl. Partsch S. 10 f. [2]) Vgl. schon EP.[2] S. 101.

insbesondere für die Übernahme der prozessualen Vertretung, worauf das Edikt de negotiis gestis nach seiner Stellung im Ediktsystem in erster Reihe berechnet gewesen sein muß. In einer formula in factum concepta konnte ein derart wichtiges, für die Beurteilung der Geschäftsführung und ihre Folgen maßgebendes Moment nicht mit Stillschweigen übergangen werden, während die formula in ius concepta als bonae-fidei-Formel, dadurch, daß sie die Feststellung der Rechtsfolgen der n. g. in das richterliche Ermessen stellte, diesem auch die Würdigung all der begleitenden Umstände überließ, unter denen die Geschäftsführung stattgefunden hatte. Für die Kompilatoren nun war die Fassungsdifferenz zwischen Edikt und formula in factum concepta einerseits, formula in ius concepta andererseits notwendig ein Stein des Anstoßes, und darum ersetzten sie das „absentis" durch das indifferente „alterius". Damit war aber unvermeidlich gegeben, daß der Kommentar Ulpians zu jenem Wort für sie größtenteils unbrauchbar wurde, daß daraus nur weniges und auch dies nicht unverändert in die Digesten übergehen konnte. Was wir davon besitzen, ist folgendes. Die Feststellung, daß das Wort sich auf beide Geschlechter beziehe (fr. 3 § 3). Eine Nebenbemerkung, die beweist, daß Ulpian sich mit dem Fall, daß der Geschäftsherr noch unmündig war, beschäftigt haben muß (fr. 3 § 4)[1]. Endlich der uns beschäftigende Passus (fr. 3 § 5) über den Fall si quis furiosi negotia gesserit. Ist uns in der Überlieferung der Digesten alles erhalten, was Ulpian über den Fall sagte, und ist es uns unverändert erhalten? Das muß bezweifelt werden. Ulpian wird allerdings zunächst gesagt haben, daß Geisteskrankheit des Abwesenden an der Anwendbarkeit des Edikts und der formula i. f. concepta nichts ändere, und darauf wird der erste Satz des § 5 zu beziehen sein:

---

[1]) Die Nebenbemerkung betrifft den umgekehrten Fall, daß der gestor noch unmündig war. Ob der Passus in der Kompilation Veränderungen erlitten hat, kann hier dahingestellt bleiben. Ganz für Kompilatorenwerk hält ihn Albertario, rendic. del R. ist. Lomb. XLVI S. 855.

Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio.

Daran aber werden sich, wenn das Edikt in der Tat nur den Fall der absentia vorsah, weitere Erörterungen geschlossen haben. Der Jurist konnte kaum unerwähnt lassen, daß bei Geisteskrankheit des Geschäftsherrn auf dessen Ab- oder Anwesenheit nichts ankomme. Das mußte ihn auf den Fall des curator furiosi führen, dessen Geschäftsführung, mag nun der furiosus bei den einzelnen Geschäften absens sein oder nicht, doch immer die gleichen Folgen hat. Auf solche Fälle aber traf der Wortlaut der proponierten formula in factum concepta nicht zu, und der Jurist hatte Auskunft zu geben, welche anders gefaßte Formel hier zu gewähren sei. Zwei Möglichkeiten waren an sich offen. Einmal: die Anpassung der formula in factum concepta an den veränderten Tatbestand, d. h. die Gewährung einer utilis actio nach deren Vorbild. Oder aber: die Verweisung auf die ebenfalls proponierte formula in ius concepta, in der von der Voraussetzung der absentia keine Rede und die gerade auch auf Fälle wie diese berechnet war. Aus dem Digestentext ist nicht zu ersehen, welchen der beiden Wege Ulpian empfahl. Alle Wahrscheinlichkeit aber spricht dafür, daß es der zweite war, d. h. daß er nicht eine ganz überflüssige Akkommodation der formula in factum concepta empfahl, und daß also im Originaltext etwa stand:

curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve illam formulam dandam Labeo ait, quae in ius concepta est.

In diesem Zusammenhang begreift sich das dandam vollkommen, ohne daß wir nötig hätten, deshalb mit Krüger und Partsch an eine utilis actio zu denken.[1]) Damit aber wird die ganze Beweisführung Partschs hinfällig.[2])

---

[1]) Zu der Annahme des Textes stimmt auch trefflich das „contemplatione iudicii, quod est bonae fidei" in C. 2, 4, 3 (Alex.), dazu das sch. 4 ib.: Heimb. I S. 692. Auch hier ist augenscheinlich an die formula in ius concepta als wider den Kurator zuständiges Rechtsmittel gedacht.

[2]) Gar kein Gewicht kann ich D. 3, 5, 29 (Julian. 3 dig.) beilegen,

Die historische Entwicklung haben wir uns also nicht etwa mit Partsch so zu denken, daß die Kompilatoren die angeblich schon nach klassischem Recht für und wider den curator furiosi und prodigi zuständig gewesene utilis n. g. actio auch auf den curator adulescentis erstreckt hätten. Vielmehr war nach klassischem Recht in allen Fällen der cura die directa n. g. actio zuständig, und die Justinianische Neuerung besteht umgekehrt darin, daß die Kompilatoren in der Absicht, die aus der cura entspringende actio einerseits von der gewöhnlichen actio n. g. zu differenzieren, andererseits der actio tutelae als analoges Gegenstück an die Seite zu stellen, sie als utilis n. g. actio oder utilis curationis causa actio oder auch als utilis actio schlechtweg charakterisierten.

Hiermit ist das Material zu unserer Frage erschöpft. Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß an der herrschenden Auffassung der klassischen cura minoris festzuhalten ist. Man darf sich durch die Massenhaftigkeit der im Gebiet des Vormundschaftsrechts nachgewiesenen Interpolationen nicht irreführen lassen. Auch auf mich hat anfangs die darin liegende Suggestion Eindruck gemacht, obwohl ich die Bedenken nicht verkannte, die aus der innern Unwahrscheinlichkeit der neuen Lehre erwachsen. Erst wiederholtes eingehendes Studium der Quellen hat mich meine Zweifel überwinden lassen. Die wirklich bewiesenen Interpolationen, so viel Interesse sie in anderen Richtungen bieten, sind für die hier erörterte Frage ohne entscheidende Bedeutung.

wo der Regreß des Vormunds gegen den Mitvormund allerdings auf eine n. g. actio utilis („dandam") basiert ist. Denn der Mitvormund führt die Geschäfte des Mündels, nicht des Mitvormunds; hier war also ohne Adaptierung einer der proponierten Formeln keinesfalls auszukommen.

VI.

Stipulatio ed instrumentum nel Diritto guistinianeo

Von

Herrn Professor **Salvatore Riccobono**

in Palermo.

Capitolo I

Problemi varii e Letteratura.

1. Non v'ha tra gli argomenti della storia e della dommatica del diritto un tema più centrale e di maggior rilievo di quello che concerne il valore della scrittura nel campo dei negozi giuridici, a cui si riannodano le riforme più essenziali della legislazione di Giustiniano; e da cui, perciò hanno origine gli squilibrii più forti tra il diritto codificato nel secolo VI e quello classico fino a Costantino.

Si tratta in primo luogo di determinare il rapporto tra la stipulatio e la cauzione scritta, che si redigeva di solito, fin dall' epoca della Repubblica[1]), per memoria e per facilitare in giudizio la prova dell' obbligazione verbale; rapporto che sinora non può dirsi rischiarato nè rispetto al diritto classico del secolo terzo nè rispetto alla Compilazione di Giustiniano.

2. Il punto di partenza è fermo. La stipulatio era una forma verbale astratta, che generava per sè stessa l'obbligazione. Essa poteva provarsi comunque: quibuscumque rationibus[2]); e se il documento che l'attestava fu sempre ritenuto come un mezzo di prova facile e pronto, e perciò largamente preferito nella pratica, esso era destituito di

[1]) Huschke, Darlehn p. 96, volle argomentare da Cicero pro Roscio Com. V, 14: 'stipulatam non esse taciturnitas testium concedit', che l'uso si sarebbe introdotto negli ultimi anni della vita di Cicerone. Cfr. invece Gneist, Formelle Verträge p. 329 segg.

[2]) Cod. Gregor. IV, 2, 1 = Cod. Iust. IV, 21, 1. Per il sistema delle prove nel diritto classico in confronto al diritto giustinianeo vedi i passi da me raccolti in ZSS vol. 34, p. 233 segg.

ogni valore, e del tutto inane se la solennità orale non aveva avuto luogo. Questo principio così chiaro e fondamentale si oscura più tardi, anzi in realtà appare sovvertito, in confronto di una serie di attestazioni, contenute precipuamente nel Corpus iuris, che alla cautio stipulatoria conferiscono piena ed assoluta credibilità, indipendentemente da qualsiasi prova circa l'effettiva solennità orale, ed anche dalla immediata presenza delle parti nello stesso luogo. In vari testi infatti si dice che la promessa di debito contenuta in una scrittura si deve ritenere come stipulatio: si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit, Paul. S. V, 7, 2; si res inter praesentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam; Impp. Severus et Antoninus [a. 200] c. 1 Cod. 8. 37; Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta: Ulpian. fr. 30 D. 45, 1; si inter praesentes actum est intellegendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis Paul. fr. 134 § 2 D. 45, 1. Altri testi concordano perfettamente nell' enunciare lo stesso principio[1]), che come apparisce evidente da quelli riportati, non vuol avere il significato ed il valore d'una semplice presunzione, che può essere distrutta dalla prova contraria, ma bensì di una norma di diritto assoluta, per cui la promessa di debito contenuta in uno strumento deve ritenersi munita di tutti i requisiti della stipulazione orale: 'credendum est — perinde habetur — creditur — intellegendum est — videri omnia sollemniter acta'.

3. Nè la innovazione si arresta solo a questo punto, a invertire il rapporto fra la cauzione stipulatoria e la stipulazione orale, ma essa si propaga più oltre ed investe un altro principio fondamentale del diritto romano, cioè la massima che il nudo patto non genera azione. La scrittura, com' è noto, non conferiva per se stessa alcuna efficacia giuridica alla semplice convenzione, perchè non era

---

[1]) Cfr. Ulpian. fr. 7 § 12 D. 2, 14; Ulp. fr. 4 § 3 D. 27. 7. Inst. III, 19, 17; III, 20, 8; Justinianus c. 14 Cod. 8. 37.

riconosciuta come causa d'obbligazioni.[1]) Le decisioni dei giureconsulti e degli Imperatori nei rescritti sono sicure e precise per questo riguardo. Così, per citare qualche esempio, Scevola nel fr. 61 pr. D. 44. 7, scrive: non propter quod ea scriptura quae proponeretur interposita sit, obligatum esse; e nel § 1 dello stesso fr., richiesto del parere intorno ad una lettera di certa Seia, con la quale la donna aveva promesso a Lucio Tizio un annuo salario, così si esprime: an ei ex his epistulis salarium annuum debeatur. respondit ex personis causisque eum cuius notio sit aestimaturum, an actio danda sit. Scevola dunque mostra nel suo responso che la scrittura contava niente; egli dice che l'azione contro Seia può competere a secondo le *personae* e le *causae*, civè se risulta che in realtà vi fu un negozio di prestazione di servigi da parte di Lucio, se intervenne una causa civile di obbligazione, e che la causa fosse lecita; mentre l'invito della donna fatto con accenti fervorosi destava facile sospetto. L'Imperatore Alessandro, forse nel 229[2]), così rescrive: Neque scriptura, qua cautum est accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit . . . .

E le tre decisioni riferite, perfettamente disciplinate ai principii classici, e perciò intelligibili a primo acchito, prendono risalto rimpetto a tante altre che nel Corpus iuris le contraddicono in modo evidente. Non si può infatti disconoscere che in molte decisioni di giureconsulti, e maggiormente poi in rescritti imperiali, è conferita alla scrittura, per se stessa, piena efficacia obbligatoria.

E qui giova subito riportare precisamente un altro rescritto del medesimo Alessandro, che, nella parte che per ora interessa, è del seguente tenore:

---

[1]) Qui si prescinde dall' 'obligatio literis' del diritto classico, che non fu accolta nel Corpus Iuris.

[2]) c. 6 Cod. IV, 31: il dubbio rispetto alla data è legittimo, non solo perchè la sottoscrizione del rescritto è ricavata dalla c. gemella 1 Cod. V, 21, ma principalmente perchè la c. qui citata appare composta di due rescritti, fusi insieme. Più oltre avremo esempi evidenti di simili saldature, usate spessissimo dai commissarii del Codice.

c. 5 Cod. IV, 30 . . . Cum autem ex praecedente causa debiti in *chirographum* quantitas redegitur, non requiritur an tunc, cum cavebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.

Dunque al chirografo si tribuisce qui efficacia obbligatoria astratta, quella stessa forza che è propria alla stipulatio. E ciò è indiscutibile; perchè il termine chirographum non può designare che la semplice scrittura emessa dal debitore, e sovratutto poi perchè a questo fine determinato i Compilatori sostituirono nel rescritto, come vedremo più oltre, il chirografo alla stipulatio, conferendo alla scrittura la stessa forza giuridica di quest' ultima. Ed a questo esempio, che è sicuramente il più cospicuo, si ricollega tutta una serie specialmente di rescritti ma anche di responsi di giureconsulti, in cui l'equazione tra il documento e la stipulatio si manifesta decisa, e si risolve nell' identità degli effetti giuridici.

E perciò si dice che un debito è dedotto *in cautionem*[1]), come si dice 'deducere in stipulationem' o 'interponere stipulationem'; ovvero che l'azione compete al creditore, e il debitore può essere convenuto *ex chirographo*, *ex cautione*, *ex instrumento*[2]); e che infine la *cautio* ed il *chiro-*

---

[1]) c. 15 Cod. 8. 41 [Gordianus]. Si indebitam pecuniam ... in [*cautionem*] per errorem deduxisti. c. 4 Cod. 4. 5 [Diocletianus]... si [*cautio*] indebitae pecuniae... interponatur. fr. 43 § 1 D. 26. 7 [Paulus] [...*cautionem in maritum exponere debet*]. fr. 4 D. 20. 3 [Paulus] ... *post cautionem interpositam*; fr. 25 § 4 D. 22. 3: *cautio indebite exposita*... *in quem cautio exposita est*... *quod in cautionem deduxit*...*sese haec indebite promisisse*. c. 36 pr. Cod. 8. 54 [Iustinianus]... *per cautionem dare promiserit*; § 2 *cautionem conficientibus*. L' esame dei testi citati in questa introduzione sarà fatto in seguito.

[2]) c. 3 Cod. 4. 30 [Antoninus] Si ex [*cautione*] tua ... conveniri coeperis. c. 1 Cod. 4. 7 [Antoninus] Si ex [*cautione*] tua ... conveniri coeperis ... interpositam [*cautionem*]. c. 4 Cod. 8. 38 [Diocletianus]. Ex [*eo instrumento*] nullam vos habere actionem; vedi su questo rescritto ZSS 34 p. 183; fr. 17 pr. D. 44. 7 (Scaevola] ... scripsit ... an [*ex chirographo*] ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat. fr. 45 D. 24. 3 [Paulus] ... an [*et cui*] actio ex [*hoc pacto et*] stipulatione competat; [cfr. ZSS. 34 p. 182]; fr. 62 pr. D. 17. 1 [Scaevola] ... an ex litteris suis possit a sororibus conveniri. respondit posse [Scaevola: non posse].

graphum si possono o si devono ripetere *per condictionem.*[1]) In tutti questi casi e con quelle locuzioni è evidente che il documento vien designato e considerato come *causa* dell' obligatio. Chiarisco subito questa affermazione per determinarne la portata a scanso di ogni equivoco.[2]) In tutti i casi ora posti in rilievo non sorprende nè si riprende la terminologia per se stessa, chè in realtà 'agere ex epistulis', 'convenire aliquem ex instrumento, ex chirographo' sono locuzioni classiche quando con esse si voglia indicare semplicemente la base probatoria dell' azione, che peraltro appare in modo evidente fondata su di una causa civile 're, consensu, verbis'[3]); ma quella terminologia assume altra importanza, ed è nuova, quando sia rivolta ad esprimere insieme, e più direttamente, il fondamento e la causa dell' azione medesima, come avviene nelle applicazioni sopra riportate. E su ciò il dubbio è

---

[1]) c. 3 Cod. 4. 5 [Diocletianus] ... indebitae interpositae [*scripturae*] condictio competit. c. 2 Cod. 4. 9 [Diocletianus] ... instrumentum ... [*et ideo per condictionem reddi oportere*]; c. 25 Cod. 8, 43 [Diocletianus] [*quo facto chirographum condicere potest*]. La decisione classica si legge invece nella c. 9 Cod. 3. 42 dello stesso Diocleziano: ... chirographa ... exhiberi ac reddi iubebit [*scil.* praeses]; cfr. c. 1 Cod. Gregor. IV, 11 [Severus et Antoninus]; c. 2 eod. [Valerianus et Gallienus], c. 4 Cod. 4. 9. [Diocletianus], quest' ultima fortemente interpolata, come si vedrà a suo luogo.

[2]) Infatti Gneist, Formelle Verträge p. 375, 379 mescolò insieme tutti i passi aventi quelle locuzioni e ritenne instrumenta e cautiones, dovunque, non come *causa agendi* ma bensì come documenti di prova dell' azione. Così già Savigny, System V, p. 531. In contrario si vedano per ora le note precedenti e Brunner, Zur Rechtslage der röm. und germ. Urkunde, p. 49.

[3]) Così fr. 49 pr. D. 24. 3 [Paulus] ... ex eo instrumento maritus nihil exegit ... summam, quae instrumento continetur; fr. 28 D. 16. 3 [Scaevola] ... an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras: dunque Scevola si esprime con perfetta precisione, l'epistula prova la convenzione delle usurae, che poi son dovute eccezionalmente nel caso concreto per i principii di equità che presiedono ai bonae fidei iudicia: ciò è confermato dal fr. 24 D. 16. 3 Pap. 9 quaest.: et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: fr. 121 pr. D. 45. 1 [Papin.]. Ex ea parte cautionis '... stipulatus est ille, spopondit ille' incerti agetur.

escluso, appunto perchè i termini '*cautio*, *scriptura*, *chirographum*' in tutti quei luoghi presero il posto della stipulatio, surrogandola precisamente nella sua funzione di causa civile di obbligazione. Quando sia dimostrato pertanto che i Compilatori operarono quelle sostituzioni, la conseguenza dovrà essere ineluttabile, nel senso che in realtà tra la scrittura e la stipulatio si venne nella codificazione del secolo VI a stabilire una perfetta equivalenza.

4. Onde la trattazione dedicata ad illustrare il decadimento della forma orale della stipulatio deve necessariamente abbracciare tutto il problema concernente l'uso e l'importanza della scrittura nelle consuetudini provinciali e nel diritto dell' Impero, dapprima, e di poi nel diritto di Giustiniano; e deve, perciò, includere, a grandi linee, l'esame delle forme dei negozi giuridici, secondo risultano stabilite nel nuovo diritto, per arrivare più sicuramente alla soluzione dei problemi suscitati dal contratto letterale, dall' apoca, dall' efficacia giuridica di una serie di pacta, e da quei rimedi così singolari e strani, quali la exceptio e la querela non numeratae pecuniae.

5. Rispetto alla storia delle dottrine sui varii punti ora mentovati non considero in questo luogo i Basilici e gli altri scritti dei Greci, derivati dalle fonti romane, perchè essi appariscono in complesso come una sbiadita fotografia del Corpus iuris di cui riproducono l'imagine. Perciò le versioni e le paragrafe dei Bizantini saranno richiamate, ove occorra, nei luoghi opportuni.

E peraltro è cosa appariscente che nelle fonti greche la stipulatio orale domina nello stesso modo che nelle latine: precisamente perchè nei Basilici, ed in generale negli scritti dei Bizantini, è riferito molto diritto che non ha realtà alcuna nella pratica. Così Taleleo è imbevuto tanto di dottrine classiche che introduce la stipulatio là dove il testo latino, modificato da Triboniano, non la presuppone. Valga per esempio l'annotazione che si legge alla c. 5 Cod. IV, 30 in B. XXIII, 1 c. 67 sch. *Θαλελαίου*: . . .

---

[1]) E ciò malgrado la energica contraddizione del Savigny, System V p. 531.

ἐν πάσαις δὲ ταῖς διατάξεσι τοῦτον τοῦ τίτλου θεμάτισον, ὅτι ἐπερώτησις γέγονεν. ἐὰν γὰρ μὴ γέγονεν ἡ ἐπερώτησις οὐδὲ συνέστη οὐδεμία ἐνοχή.[1]) La quale affermazione come emergerà da questo lavoro è completamente falsa per il diritto giustinianeo. E quindi non sorprende che a volte la stipulatio è indicata come una forma di contratto orale, compiuta con una interrogatio e relativa responsio da parte del debitore come accade giusto in B. XIX, 1, 50[2]): *ἐνέχῃ μοι τῇ ἀγωγῇ τῇ συνισταμένῃ ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ συμφώνου ἀποκρίσεως*: mentre il testo latino corrispondente, in D. XVIII, 1, 50 contiene il periodo: *non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit.*[3])

Ma, invece, nelle paragrafe specialmente, ed in generale ove l'interpretazione del testo ambiguo lo esigeva, i Bizantini dichiarano disertis verbis la equivalenza della scrittura alle solennità romane, e quindi alla stipulatio. Così in ordine alla transazione, ad l. 40 Cod. 2, 4, leggiamo in B. XI, 2, c. 57 sch. *τὸ πρόστιμον: ὅτε καὶ ἐγγράφεως ἡ διάλυσις γέγονεν, ἤτοι τὸ πάκτον καὶ τῇ Ἀκουιλίανῃ ἐπερωτήσει ἠσφάλισται*[4]); in B. XLIII, 1, 132[5]) riscontriamo la locuzione '*γράψας ὁμολογίαν*', che vuol corrispondere alla frase latina 'stipulatione interposita' del fr. 135 § 4 D. 45, 1; l'efficacia del chirografo per sè, eguale alla stipulatio, apparisce in B. XXIV, 1, 21[6]) = c. 4 Cod. 4. 5: *εἰ δὲ καὶ χειρόγραφον γένηται ὑπὲρ τούτων, οὐκ ἀπατρέπεται;* Taleleo suppone perfetta la donazione mediante la dichiarazione inserita nell' istrumento nuziale: ad l. 2 Cod. 5, 15 = B. XXIX, 5, c. 42 sch. *ἐφησυχάσας*[7]) *ταῦτα ἔγραψεν ἐν τῷ προικῴω συμβολαίῳ, ὡς ὑποδεξάμενος αὐτά.* Ma sopra tutto è significativo per questo rispetto il tit. III, 7 dell' *Ἑξάβιβλος* di Harmenopulo, dove per l'obbligazione delle usurae si esige in modo assoluto la stipulatio, si nega al patto qualsiasi efficacia [c. 1. 6], e nel c. 2 si dice: '*ὅτι κἂν ἄγραφος*

---

[1]) Heimb. II p. 657. [2]) Zachariä Suppl. p. 259.

[3]) Io credo interpolato il periodo latino sopra riferito. Labeone per ragioni che qui non posso svolgere doveva negare l'actio empti come in D. 8, 1, 20, esigendo la stipulatio.

[4]) Heimb. I, 721. [5]) Heimb. IV, 315. [6]) Heimb. III, 10.

[7]) Heimb. III, 485.

ἐπερώτησις ἐπὶ τόκων γένηται, ἔῤῥωται.' Dunque la stipulatio sine scriptura è valida. Che cosa significa ciò? A prima giunta corre spontaneo alla nostra memoria il confronto con i tanti rescritti del Codice nei quali gl' Imperatori ripetono agli abitanti delle provincie orientali che l'effetto giuridico non deriva dalla dichiarazione scritta, bensì dalla solennità orale, ovvero dalla effettiva tradizione del possesso. Ma se tutte codeste affermazioni combaciano esteriormente, in realtà tra la norma riportata da Harmenopulo e le decisioni imperiali fino a Diocleziano v'è la differenza come dal giorno alla notte, *Ἐπερώτησις*, infatti nel testo dell' *Ἑξάβιβλος* non è l'atto solenne verbale, già abolito da Leone nell' a. 472 con la c. 10 Cod. VIII, 37, ma sibbene la semplice convenzione verbale: onde rimpetto alla medesima la scrittura appare decisamente l'atto formale, più gravoso, che appunto non si esige per l'obbligazione delle usurae. Ciò corrisponde al diritto giustinianeo in cui come si vedrà a suo luogo, il semplice patto di prestare le usurae genera l'azione.

Questi pochi esempi dimostrano, fin da ora, che la tradizione delle forme dei negozi del diritto romano è viva solo in apparenza nelle fonti greche; ma nelle realtà tutte le forme erano state nel periodo bizantino scalzate e surrogate dalla scrittura, in conformità delle consuetudini native. Che questo mutamento così essenziale nella vita del diritto siasi verificato pure nella codificazione di Giustiniano è cosa che deve emergere da questa dissertazione.[1])

6. Nell' Occidente, invece, la dottrina sui vari punti in esame ha una storia assai intricata, che si può riassumere brevemente distinguendo le tre fasi principali per cui è passata, e che coincidono naturalmente con gli stadii dell' evoluzione scientifica della nostra materia.

A. Nella prima fase che s'inizia con la scuola di Bologna il Corpus iuris fu considerato realmente ed esclusivamente come un Codice, un complesso di leggi unitario, di

---

[1]) Rispetto alla costituzione di diritti reali e trasferimento del dominio cfr. ZSS. 34 p. 177 ed inoltre B. 60, 17, 18 sch. 2 [ad l. 12 D. 43, 12]: *Θεμάτισον ὅτι ἐν τῷ πράσεως κάρτη ῥητῶς οὕτως ἦν γεγραμένον ἔστω σοι παραδεδομένον δίχα σωματικῆς παραδόσεως.*

cui i Glossatori per i primi con un lavoro di analisi meraviglioso misero in luce il contenuto, fin nei minuti particolari; e da cui i Commentatori di poi trassero tutti gli elementi per la costruzione delle dottrine di diritto, con grande potenza di sintesi, se non verbale certo di pensiero e di contenuto. L'arte e la tecnica interpretativa assunsero fin da quel momento forme e atteggiamenti particolari, idonei al raggiungimento di quei fini immediati, sopratutto di comporre tutte le discordanze che esistevano nella Codificazione. Ed il risultato fu degno della grande fatica; dacchè nell' opera di quei sommi interpreti le forme giuridiche si staccano via via sempre più nette dal Corpus iuris su uno sfondo storico oscuro per l'ombra fitta che l'invade, e perciò impenetrabile e inerte. Ma appunto per questo i nostri giuristi seppero scrutare e discernere nel modo più obbiettivo e reale il vero contenuto della codificazione giustinianea.

Rispetto all' argomento in esame quei primi interpreti riconobbero che la scrittura era una causa civile di obbligazione accanto alla stipulatio. Ritennero perciò l'una e l'altra equivalenti per costituire un rapporto obbligatorio: verbis seu litteris, scriptura vel stipulatione sono locuzioni correnti nelle opere degli antichi interpreti. Questa dottrina, se la Summa Trecensis si deve attribuire ad Irnerio, apparisce subito, in tutta la sua limpidità, fin dal primo momento in cui il Corpus iuris si riaffaccia nella storia. Irnerio, infatti distingue[1]): admittitur pactum tam ad agendum tam ad defendendum . . . si quidem ad agendum . . . necesse est dationem seu factum intervenire . . . si autem in speciali nomen transeat, hoc ita demum fit, si obligatio *rei verborum seu litterarum vel consensus* ibi ubi solus consensus sufficit ad obligationem parandam.

Della verborum obligatio Irnerio tratta in altro luogo, descrivendola in tutti i suoi particolari come avrebbe fatto un giureconsulto del secolo secondo. La stipulatio è essenzialmente una obligatio verbis; VIII, 33, 3: non solus consensus sufficit, sed cum adiectione verborum, id est

---

[1]) Summa Trecensis II, 3 de pactis n. 10.

'promittis? promitto'. adhibita tamen praesentia . . . factum dicimus interrogationem et promissionem; VIII, 34. 1 nec non absentia quoque promissoris et stipulatoris verborum obligationem viciat: qui enim promittit verba interrogantis et stipulator verba promittentis audire debet; VIII, 36 (de fideiussoribus) . . . . dum tamen verbis obligetur.

Ma l'argomento con i suoi lati oscuri è trattato da Irnerio più direttamente nelle quaestiones de iuris subtilitatibus XXI, dove egli tenta la conciliazione di due costituzioni 5 Cod. 4. 30 da una parte e 5 Cod. 4. 2 dall' altra, quest' ultima relativa al valore del chirografo. Irnerio scrive: Pecunia numerata oleum in cyrographum collatum peti non potest, licet pecunie numeratio iusta causa videatur [5 C. IV, 2] . . . at sub t. de exceptione non numeratae pecuniae dictum est ex causa praecedenti quantitatem in cyrographum redactam sine exceptionis obstaculo peti posse [c. 5 C. 4. 30]. Onde conclude . . . interdum autem scribitur non obligationis contrahende gratia, sed quantitatis ex alia causa debite testimonium confertur in cyrographum: hec ergo non ex cyrographo petitur sed eius ex testimonio, eiusmodi negotium continet illa constitutio quam dicis huic oppositam esse.

Sarebbe errore ricollegare questa dottrina alla trattazione del c. letterale dei nomina arcaria contenuta in Gaio III, 131, 134 come volle fare il Fitting.[1]) Perchè essa apparisce in realtà perspicua nella Glossa ed ha diretto e giusto fondamento nelle leggi del Corpus iuris, quando esse siano dichiarate senza tutto quel sapere della scuola storica, che ne ha disconosciuto il valore e la portata. Così Accursio ad l. 5 Cod. 4. 30, nota le difficoltà che alla decisione in essa contenuta oppongono numerose leggi, espone le varie opinioni dei dottori, tra le quali emerge quella di Irnerio, così riportata: gl. praecesserit. Irn. hic chirographum fuit ad probationem factum non ad obligationem ut ex eo agatur . . . ibi vero fiebat chirographum ad obligationem ut ex eo agatur. La perfetta coincidenza con il brano delle

[1]) Summa Trecensis p. LXVIII.

quaestiones sopra riferito è notevole a varii fini. Ma in questo luogo importa precipuamente rilevare che la dottrina esposta nella quaestio di Irnerio non varia di una linea in tutta la Glossa, ripetuta con grande determinatezza sino ad Accursio. Così leggiamo nella gl. *si ex cautione* ad l. 3 Cod. 4. 30: ex cautione in qua continetur confiteor me debere decem ex causa mutui vel per stipulationem promitto decem reddere, in cui evidentemente si stabilisce una perfetta equivalenza tra Chirografo e stipulatio; ad l. 14 Cod. 4. 30 gloss. *nullo modo*: Dic tunc id agi ut ex sola scriptura obligatio teneat. Ad l. 14 Cod. 4. 2: gl. *subscribentem*: ut testis non ut se obliget ut . . . seguono i passi in cui la scrittura è considerata obbligatoria; ad l. 6 Cod. 4. 2, dopo citati i passi discordanti si risolve così il nodo: glossa *praecedenti* . . . . solutio: hic scriptura fuit facta ad novationem, ibi ad novationis probationem. E la dottrina ebbe in seguito diffusione precipuamente mediante gli scritti di Azone. Il quale nella Summa Codicis[1]) prende le mosse dal principio che: 14 pactum nudum propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest. Ma questo patto nudo si può vestire (n. 15): vestitur autem pactum sex modis re, verbis, consensu, literis, contractus cohaerentia, rei interventu; ma 16: nelle prime quattro categorie il patto nasce vestito e percio vive sicuro; nelle ultime due può accadere eventualmente che il patto nudo, cercando attorno, trovi da coprirsi e da resistere al gelo della morte. Si rinvengono ancora altre eccezioni al principio della inefficacia del patto, introdotte 'mirabiliter' come si esprime Azone, in varii istituti come nella dote, nella donatio etcc.

In conclusione, dunque, noi abbiamo già negli scritti dei Glossatori il riconoscimento pieno della equivalenza tra la scrittura e la stipulatio, come cause civili di obbligazioni. Contrasti vi furono naturalmente, e non potevano mancare data la conformazione del Corpus iuris, ma io oso dire che in nessun altro punto di grave importanza, e intricato per discordanti decisioni, seppe la Glossa tro-

[1]) Summa in Cod. I de pactis.

vare una via più piana e più idonea a vincer ogni ostacolo, distinguendo, cioè, secondo la volontà delle parti, scritture semplicemente probatorie e scritture obbligatorie.

Il principio fu, come di solito, con maggiore determinatezza affermato dai Postglossatori, onde venne a costituire uno dei cardini fondamentali del diritto comune d'Europa, in diretta opposizione al diritto romano classico. E per influsso dell' opera di Azone esso si diffuse pure nel *common law*, particolarmente mediante la perspicua rielaborazione delle consuetudini inglesi fatta da Bracton[1]) nel sec. XIII, il quale rispetto all' argomento in esame ricorda due versi mnemonici in cui tutta la dottrina azoniana è condensata: re verbis, scripto, consensu traditione, junctura vestes sumere pacta solent. Abbiamo così la linea più semplice di un principio fondamentale del diritto moderno che si riallaccia direttamente ai testi del Corpus iuris, secondo la interpretazione più profonda e fedele dei giuristi italiani.[2])

B. La seconda fase s'inizia nel sec. XVI e va fino al sec. XIX, dalla scuola storica francese a quella tedesca, le quali abbero tendenze e metodi di studio identici, onde rispetto alla dottrina in esame giunsero in ultimo a negare, con gli stessi argomenti, qualsiasi forma di litterarum obligatio nel Corpus iuris. Il movimento sempre crescente in questa direzione culmina verso la metà del sec. XIX nel libro di Gneist, l'opera più celebre nella nostra materia e che per molti rispetti tiene ancora il campo nella dottrina. Tre ordini di prove si addussero e si trovano ripetute costantemente dagli scrittori[3]), per negare la litterarum obligatio nel nuovo diritto. In primo luogo si osservò

---

[1]) De legibus et consuetudinis Angliae: cfr. Vinogradoff, Roman Law in Medioeval Europe p. 103.

[2]) Citazioni delle opinioni degli antichi v. in Gneist, o. c. p. 220, 322 e passim; Karsten, Die Lehre vom Vertrage bei den ital. Juristen des Mittelalters, p. 186 seg.; Schupfer, Rivista italiana delle scienze giuridiche vol. 7 p. 359 seg.

[3]) Cfr. Donello, Comm. vol. VIII p. 197 seg. 248 segg. Galvano, de usufructu c. XVII, 8 p. 177 segg.

che Giustiniano nei Digesti ebbe cura di eliminare appunto la litterarum obligatio antica tra le cause d'obbligazioni.[1])

Si ribadí in secondo luogo il principio fondamentale del diritto romano classico, e cioè che la scrittura in tutti i casi ha semplicemente funzione probatoria, mentre la causa dell' obbligazione, od in generale tutti gli effetti giuridici nei negozi formali, derivano dal compimento di certe solennità e dalla pronuncia di determinate parole Questa affermazione, come è ovvio, sembrava indistruttibile, perchè effettivamente nel Corpus iuris i testi che la dimostrano non soltanto appariscono in gran numero, ma forse pure in maggior rilievo. Ed infine l'esegesi dei passi più importanti poneva la dottrina al sicuro da qualsiasi dubbio. E tra i più insigni si adduceva il fr. 38 D. 44, 7 [Paulus, 3 ad ed.] in cui appunto la 'figura litterarum' è posta e svalorata in confronto alla 'oratio'; mentre poi, nella seconda parte del testo la frase: 'non minus valere quod scriptura', s'interpretava, comodamente, nel senso che la cautio della stipulazione avrebbe tutta l'efficacia obbligatoria, ma non per sè stessa, bensì per virtù della pronuncia dei verba sollemnia, che presupponeva. Peraltro la interpretazione del passo fu molto dibattuta, onde esso si rinviene riportato nell' uno e nell' altro senso, cioè contro ed a favore della forza obbligatoria della scrittura. La medesima sorte ebbe la c. 5 Cod. 4. 30, che giova sempre tener presente in questa materia, come un punto sicuro di riferimento per valutare le varie dottrine. La Glossa, come sappiamo, vi si appoggiò con piena convinzione, per affermare pure la efficacia novatoria del chirografo. Ma nel secolo XVI la legge del Codice si coordinò al principio generale con l'intendere il chirografo nel significato di cautio stipulatoria.[2]) Riuscì per tal modo agevole ai nuovi interpreti di eliminare tutte le difficoltà ed invertire il senso dei passi che alla scrittura attribuivano un valore

---

[1]) Così nei fr.; 1 § 1 D. 44. 7, Gai II aur.; 4 eodem [Gai]; 52 pr. D. 44. 7 [Modestini]; 1 § 3 D. 2, 14 [Ulpiani]; 9 § 3 D. 12. 1 [Ulp.] 8 § 1 D. 46. 1 [Ulp.]; 1 § 1 D. 46. 2 [Ulp.].

[2]) Cuiacio in Cod. 4. 30 vol. IV c. 488 cfr. c. 310.

sicuramente assoluto ed indipendente per costituire il vincolo obbligatorio. Infatti in tutti i luoghi dove si rinvengono i termini 'scriptura, chirographum, cautio, instrumentum' si suppose compiuta la stipulatio causa efficiente del vincolo obbligatorio, e così tutte le attestazioni del Corpus iuris poterono ridursi in una suprema armonia, salda e definitiva come era stata composta dai giureconsulti classici.

Ed incamminati su questa via il problema della nuova litterarum obligatio, introdotta da Giustiniano nelle I. III, 21, si potè risolvere con molta semplicità. Si disse che gli artefici delle Istituzioni per un erroneo apprezzamento del rapporto avevano creduto poter sostituire il documento all' antica litterarum obligatio, mentre in quel caso l'obbligazione nasceva in realtà dal mutuo presunto e perció 're', quantunque non avesse avuto luogo la numeratio pecuniae. La natura del rapporto poi, si diceva, è ovvio che non può mutare per il solo fatto che, trascorsi i due anni non è più opponibile all' azione del creditore eccezione alcuna. Il ragionamento del Savigny, per citare un altissimo giurista è il seguente: 'non vi è una condictio del documento, ma bensì del mutuo finto. Il rapporto ha base nel mutuo: sarebbe perciò un' idea sforzata di voler considerare da quella prescrizione in poi l'antica condictio (dal mutuo) come estinta ed una nuova (dallo scritto) venuta in suo luogo. Una maniera così letterale d'interpretare le fonti di Giustiniano non è in nessun caso giustificabile'.[1]) E la sostanza di un tale ragionamento si trova già in Cuiacio: 'ergo nulla fuit literarum obligatio. Constitutiones novissimae eam exceptionem [*scil.* doli = non numeratae pecuniae] fecerunt quinquennalem deinde c. Iustiniani biennalem'.[2])

Così si potè conchiudere negando l'esistenza di qualsiasi forma di obbligazione letterale nel diritto giustinianeo e qualificare come una chimera quella immaginata dagli interpreti in base al testo delle I. III, 21. Conclusione

---

[1]) System vol. V p. 531; cfr. Vermischte Schriften vol. I p. 234.
[2]) Cuiacio l. c. vol. IV p. 310.

facile in verità, che mette a dura prova le nostre cognizioni più elementari, dacchè a tutto quel ragionamento si può iugenuamente opporre questa domanda: come mai un' *obligatio re* può nascere 'sine re'? Il mutuo presunto o finto è forse cosa diversa di una chimera? In realtà il mutuo finto è un mezzo spontaneo e universale in tutti i diritti per costituire un rapporto obbligatorio: ma dapertutto la causa inesistente o falsa è coperta dalla efficacia assoluta della forma che può essere orale (stipulatio) o scritta (*συγγραφή*).

E perciò un' altra corrente, che ha origine dalla Glossa, ha dovuto mantenere fermo il concetto della obbligazione letterale, almeno nei limiti dichiarati espressamenti nel testo delle Istituzioni. Il momento della nascita, tuttavia di una tale obbligazione ed il fondamento della medesima s'indicarono in vario modo. Secondo alcuni il chirografo di mutuo rilasciato con la *spe futurae numerationis* costituisce l'obbligazione letterale trascorso il biennio utile per impugnarlo: quoniam licet scriptura, ut dixi, per se non sit tanti, ut producat obligationem, tamen accedente causa temporis ita legis auctoritate roboratur ut obligationem inducat.[1]) Quest' opinione, come si vede, teneva sempre saldo il principio generale della inefficacia della scrittura per sè stessa, poichè solo l'autorità della legge, in seguito alla prescrizione, operava la conversione del rapporto in obbligazione letterale. Altri dissero assurda siffatta costruzione, che conduce a mutare il fondamento dell' obbligazione col decorso del tempo, onde la ritennero costituita ab initio in forza della scrittura: Postea vero videtur receptum quoque, contra iuris antiqui regulas, ut ex chirographis peti posset pecunia credita, ut subiudicat Tribonianus.[2])

Ma accanto alle dottrine riferite, che legarono l'esistenza della litterarum obligatio ad un tenue filo, un indirizzo

---

[1]) Galvano l. c. p. 189; Donello l. c.

[2]) Schulting, Iurisprudentia ad Gaium II, 9, 12; cfr. Lauterbach, Collegium Pand. L. XII. 1. 43—47; Glück, Erläuterung XII, 1 §§ 786, 788; Messina Vitrano in: Archivio Giuridico vol. 80.

nuovo fu seguito in questa materia da Salmasio[1]), il quale poggiandosi a sua volta sul fr. 38 D. 44. 7 di Paolo e sul passo di Dositeo 5, attribuito allora nell' originale ad Ulpiano[2]), incomincia dal porre un concetto più lato della litterarum obligatio: scripturae nomine tam apud Ulpianum quam apud Paulum locis supra allatis intelligendum esse quamcumque scripturam sive chirographariam sive syngraphariam qua aliquis obligatur. Per Salmasio però il vero contratto letterale del diritto romano sarebbe la singrafe, cioè la scrittura formata col concorso d'entrambe le parti o per lo meno suggellata dai due contraenti, e che genera per se stessa l'obbligazione anche se non esiste alcuna causa obligationis. Gli elementi fondamentali di questa costruzione sono ricavati, come si vede, dalla notizia dello Ps. Asconio in Cicer. in Verr. II, 1, 36 Introdottasi nel diritto dell' Impero a grado a grado, sull' esempio del diritto dei peregrini, Salmasio rinviene già l'esistenza della singrafe nella c. 6 Cod. Th. de denunt. II, 4 dell'a. 406.

Di fronte alla singrafe egli considera inoltre il chirografo come un documento che genera l'obbligazione, ma in un senso ben diverso: e cioè tale efficacia al chirografo si tribuisce o perchè attesta un mutuo reale ovvero perchè presuppone, sia pure per una finzione di diritto, la stipulatio. Il chirografo per sè, dunque, non costituisce il vincolo obbligatorio, ma genera l'obbligazione letterale in forza della stipulatio finta. Onde egli intorno alla stipulatio così si esprime: si stipulatio scripto non esset mandata necessariam fuisse praesentiam duorum contrahentium, quia alter interrogare alter respondere necesse habuit . . . At si chirographum quis daret, cum satis esset, si in illo scriberet debitor, se promittere ac perinde id haberetur quasi interroganti respondisset, non puto necessarium fuisse, ut praesens utraque pars esset.[3])

---

[1]) De usuris, Lugduni 1838. c. VI p. 125 segg.

[2]) Cfr. per ora Schulting, Iurisprudentia p. 805: servus adquirebat manumissori vel si quid stipulabatur vel si per scripturam vel ex quacumque causa alia adquisierat. Su questo passo ritornerò più oltre.

[3]) O. c. p. 140; 153.

Effettivamente la dottrina di Salmasio non era scevra di gravi contraddizioni ma essa era poi una vera mostruosità giuridica per le mescolanze di idee classiche e di concezioni bizantine, che in quel tempo era impossibile discernere. Onde se essa potè esercitare grande influsso sugli scrittori[1]), indeffinitivo fu dichiarata inconsistente e addirittura fantastica.[2]) Io ritengo che la critica oggi deve, forse, mitigare il giudizio: perchè se la dottrina del Salmasio è un intricato garbuglio di costruzioni, v'è però in essa almeno il fermento di molte verità.

Con l'avvento della scuola storica tedesca il ritorno alle dottrine dei giureconsulti romani si fa più deciso; mentre tutto il nuovo sistema giustinianeo e la stessa tradizione del diritto comune si ricoprono d'oblio. Nel tema dei contratti formali un momento decisivo fu segnato dall' opera di Gneist[3]) che vide la luce nel 1845.

Tre punti della dottrina del Gneist sono meritevoli di rilievo per le indagini che in questo luogo intraprenderemo.

a) Gneist negò nell' ultimo capitolo della sua opera l'esistenza di un contratto letterale presso i Greci. Del testo dello Ps. Asconio in Verr. II. 1. 36 egli si sbarazzò facilmente, con il solo argomento che essendo di formazione tarda fosse non degno di fede; del passo di Gaio III, 134 diede un' interpretazione sottile e speciosa, che pur fu approvata da Savigny.[4]) Egli disse che Gaio in quel luogo considerava l'uso della scrittura presso i peregrini (Greci) per la prova delle obbligazioni; e che singrafe e chirografo venivano ad avere rimpetto ai Romani nel diritto dei peregrini il valore di un contratto 'quasi letterale' in quanto per mezzo del documento nelle provincie ellenizzate si poteva far valere un' azione, mentre per i Romani era necessaria inoltre la stipulatio. Dunque il contratto letterale di cui tratta Gaio sarebbe solo relativo,

---

1) **Huschke**, Darlehen p. 125 e seg.

2) Cfr. **Mitteis**, Reichsr. p. 460, 492, 496.

3) Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts.

4) Vermischte Schriften I p. 245.

cioè sarebbe tale in confronto al diritto di Roma, ma non nel senso vero ed assoluto che la scrittura fosse considerata generatrice per se stessa del rapporto obbligatorio e quindi dell' azione. In conclusione dunque Gneist affermò che in Grecia come in Roma il documento ebbe sempre e soltanto forza probatoria, mai costitutiva dell' obbligazione: e date queste premesse lo stesso carattere egli rivendicò, in contrasto con la dottrina a noi nota dalla Glossa ed in parte pure da Salmasio, al documento giustinianeo.

b) Egli pose di conseguenza l'affermazione recisa che il chirografo dei Romani mai ebbe a contenere un' obbligazione formale, astratta[1]); affermazione questa che giova qui mettere in rilievo, perchè in deffinitivo è l'unica proposizione che non sia stata validamente contradetta finora, e perciò tuttavia dominante nella nostra scienza.[2])

c) Infine egli mise in maggior luce e in nuova evidenza quella tale degenerazione che la stipulatio aveva subíto in Roma, che si sarebbe iniziata appunto sulla fine del secolo secondo, senza che però ne seguisse una deviazione nell' indirizzo semplice e tradizionale del diritto della stipulatio. Infatti per Gneist la trasformazione fu solo esteriore, materiale e non sostanziale: nel senso che l'efficacia obbligatoria della stipulatio fu sempre riposta nella pronuncia delle parole, che poteva essere vera o finta: il documento pertanto restò come per lo innanzi solo mezzo di prova.[3]) Ma essendo questo mezzo probatorio munito di una speciale forza in giudizio, si sarebbe venuti naturalmente alla finzione giuridica dell' esistenza della stipulatio verbale attestata dalla scrittura relativa.

Il libro del Gneist apparisce oggi a noi insufficiente dal lato storico e più ancora per la critica e l'analisi dei testi romani[4]); ma esso in realtà aveva pregi di prim' ordine, e sopratutto una struttura semplice mentre attorno al più ricco materiale delle fonti il ragionamento si svolge puro e limpido, guidato e illuminato sempre dalla sapienza dei giureconsulti romani. Perciò s'impose subito,

---

[1]) O. c. p. 359. [2]) Cfr. Girard, Manuel p. 502 n. 4.
[3]) O. c. p. 203, 247, 256. [4]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 462.

riscotendo il più largo consentimento, come a pochi libri fu dato in sorte. La sua dottrina accolta dal Savigny si ritiene ancora dominante: certo è sempre viva nei manuali di scuola. Ma il segreto della fortuna del libro del Gneist non è difficile scoprirlo oggi, dovuto essenzialmente al fatto che esso metteva in luce in questa materia i principi fondamentali del diritto romano classico, che in quel momento, dopo la scoperta dell' opera di Gaio e dei Vaticana Fragmenta, attraeva tutta l'attenzione dei romanisti. In quel tempo, già fino ad un decennio addietro, mai si era sospettata l'esistenza di un altro diritto romano, diverso da quelle esposto dai giureconsulti classici, e contenuto, come un tutto nuovo ed organico, nella Compilazione di Giustiniano. La conseguenza era fatale. Tutto il progresso del sapere, nel nostro campo, si riponeva nell' indagare e porre in evidenza le dottrine dei giureconsulti che costituivano appunto il solo diritto romano. Questa volta la storia si ripeteva. Il concetto centrale ed i metodi di studio, se non tutto lo spirito animatore, erano identici a quelli degli umanisti, i quali considerarono i nostri giuristi medioevali come *barbari*, interpreti privi di ogni luce storica e perciò traviati ed infecondi. Gneist, finalmente, aveva strappato tutti i veli che coprivano la verità da tanti secoli, ed avevano fatto pullulare vaghe ed inconsistenti dottrine nella nostra materia. Si credette questo senz' altro. Ed infatti la sua dottrina non si distaccava di una linea dalle teorie dei classici e non poteva quindi non apparire una dottrina impeccabile. Egli aveva bensì constatato quello che era innegabile, la degenerazione della stipulatio, ma l'aveva ridotta in realtà ai minimi termini, ad una alterazione di un elemento esteriore, che aveva peraltro lasciato illese e la figura e la struttura intera del diritto della stipulatio. L'obbligazione scaturisce dai *verba*, anche ora, e mai dalla scrittura; la stipulazione degenerata o attenuata rimane un contratto verbale, non diviene letterale. In queste affermazioni si riconosceva un grande progresso; appunto, rimpetto alla dottrina affermata dai Glossatori e in parte anche dal Salmasio della equivalenza della scrittura alla stipulazione verbale nel diritto codificato da Giu-

stiniano. I punti insuperati e contradittorii nella dottrina del Gneist passarono inosservati. Dacchè essa solo artificialmente aveva potuto galvanizzare la stipulazione classica, quando in deffinitivo aveva pure dovuto ammettere che essa aveva subíto una trasformazione di forma, e che lo 'emittere, exponere cautionem', cioè la confezione ed emissione del documento, che la conteneva era venuto a surrogare la forma orale della interrogazione e della risposta.[1])

Or se ciò è vero, come mai tutta la forza della nuova stipulazione si fa scaturire dai verba, cioè da un' ombra? e perchè non dalla realtà che ha corpo nel documento?[2])

La dottrina di Gneist vive ora per forza d'inerzia: effettivamente essa fu divelta dalle radici per opera del Brunner e del Mitteis con gli elementi di cognizione apprestati dal materiale documentale, che proviene dalle regioni attorno il bacino del Mediterraneo inferiore e dall' Occidente, dal tempo avanti e dopo Giustiniano.

C. Così s'inizia la terza fase della dottrina precisamente nel 1880, quando il Brunner[3]) dimostrò che la stipulatio era stata assorbita dal documento, e ciò in un senso più pieno di quello sostenuto da Gneist. Secondo Brunner l'atto formale verbale divenne atto formale scritto: e la degenerazione della stipulatio si effettuò nel senso che il luogo della domanda e della risposta solenne dei contraenti fu preso dalla emissione del documento da una parte e dall' accettazione dall' altra. La *traditio cartae*

---

[1]) Gneist, o. c. p. 256seg. richiama per analogia l'evoluzione delle forme del testamento per aes et libram. Ma a questo riguardo è da notare, non solo che lo sviluppo procede mediante la attività del pretore, per gradi, in sussidio ed anche in opposizione allo ius civile: ma, precipuamente, che esso si compie con la vittoria del testamento scritto sulla forma civile. L'argomento perciò si ritorce contro la sua dottrina.

[2]) La contraddizione è notata da Brandileone, Atti della R. Accademia di Torino, vol. 42 (1907) p. 341: e lo stesso Gneist o. c. p. 260, a proposito della c. 6 Cod. Th. II, 4 dell' a. 406, vede nel documento la realtà, nei verba la finzione, e dice possibile che nel periodo bizantino la nuova figura della litt. obl. si sia presentata alla mente del redattore della legge.

[3]) Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde.

sarebbe pertanto divenuta una solennità necessaria a perfezionare la conchiusione del contratto, cui la carta si riferiva.

Con questa determinazione del Brunner noi ci ritroviamo, dunque, per alcuni aspetti, riavvicinati alla dottrina del diritto comune, fondata dai giuristi italiani; cioè per quel che riguarda, almeno, l'esistenza del documento dispositivo ed insieme del contratto letterale.[1])

E questo riconoscimento costituisce di sicuro la parte solida della dottrina del Brunner, per cui potè imporsi e durare, spogliata peraltro da quell' elemento caduco, costituito dalla pretesa funzione della *traditio cartae*, di cui non vi è traccia nelle fonti romane e nei documenti egizii.[2])

S'intende poi che come Gneist anche Brunner doveva far risalire la trasformazione della stipulatio al secolo terzo dell' Impero, durante il periodo d'attività dei giureconsulti romani.

Più a fondo andò il Mitteis con la revisione del problema dell' esistenza del contratto letterale nel diritto greco, e quindi della dottrina di Gneist su questo punto. La dimostrazione del Mitteis contenuta nel celebre libro sul 'Reichsrecht und Volksrecht' e condotta col sussidio di pochi passi e documenti greci, raggiunse fin dal primo momento un risultato preciso, che ha prodotto un intenso e fecondo movimento di pensiero e di studi. E la nuova dottrina è stata in seguito largamente confermata dal più ricco materiale papirologico.[4]) La prassi greca conosceva un contratto letterale, di cui il tipo più comune era sicuramente il *Δάνειον*, cioè il documento di mutuo fittizio, avente perciò forza obbligatoria astratta, indipendente

[1]) Cfr. i pregevoli studi del Ferrari — I documenti greci medioevali di diritto privato dell' Italia meridionale e loro attinenza con quelli bizantini d' Oriente e coi papiri greco-egizii, Byz. Archiv. Heft 4 (1910) e la degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio etc. Atti del R. Istituto Veneto vol. 69 parte II, p. 743 segg.

[2]) Cfr. Rabel, ZSS. v. 28 p. 336, Partsch, Zeits. f. d. gesamte H. R. v. 70 p. 462; Mitteis, Grundzüge II, 1, p. 171 n. 4.

[3]) Reichsrecht und Volksrecht, 1891, p. 460 segg., 485 segg.

[4]) Cfr. specialmente E. Rabel 'Nachgeformte Rechtsgeschäfte' ZSS. 28 p. 312 segg.; Mitteis, Grundzüge II, 1, p. 117 ed ivi citati.

dalla valuta e che serviva a costituire qualsiasi vincolo obbligatorio, in specie di garenzia, come appunto avviene nel *Δάνειον* di Nicareta.[1]) Onde risulta pienamente provata la verità della notizia che riferisce lo Ps. Asconio, che si riporta proprio alle consuetudini dei Greci, e più esattamente del testo di Gaio, che attribuisce sia al chirografo come alla singrafe l'efficacia di un contratto letterale, che obbliga l'emittente astrazion fatta dalla numeratio pecuniae. Tutto questo ha una grande importanza, perchè ci dà la visione giusta del diritto che vigeva nelle provincie ellenizzate, e che in un dato momento ritroveremo impegnato in aspro conflitto con il diritto romano.

Il Mitteis rileva appunto la relazione che intercede tra il documento dispositivo d'origine ellenica e la degenerazione della stipulatio: la quale trasportata nelle provincie di cultura ellenistica fu fraintesa e come una clausola di stile posta per conferire efficacia giuridica a qualsiasi dichiarazione di volontà tra vivi o mortis causa. I due sistemi dunque si sono indissolubilmente congiunti. Solo il risultato di questa mescolanza artificiale appare dubbio. Si trasformò, o si piegò almeno, la stipulatio romana verso il contratto letterale o si ridussero la singrafe e il chirografo dei peregrini per l'influenza della stipulatio in semplici documenti di prova del contratto verbale sul modello romano? Questo punto è oscuro. Gneist e Brunner, come si è visto, giunsero a risultati opposti. Le conclusioni del Mitteis sono oscillanti[2]), ma rappresentano fedelmente lo stato caotico delle fonti legislative, onde egli non osò contrastare per il diritto giustinianeo la tesi sostenuta da Gneist, ma sentì l'impeto delle nuove correnti che investono la figura romana, non più viva nella realtà[3]), paralizzata già precipuamente dall' istituto della exceptio non

[1]) Dittenberger, C. Inscript. Graeciae vol. VII (1892) n. 3172 v. 1—45 p. 576; Recueil d. inscr. jur. gr. I n. XIV p. 509, Mitteis l. c. Rabel ZSS. 28 p. 323seg. Partsch, Bürgschaftsrecht I p. 155.

[2]) Reichsrecht cit. p. 491—495; Rabel ZSS. vol. 28 l. c. non affronta direttamente la questione estranea al suo tema, onde non ha apportati nuovi elementi per sciogliere i dubbi in proposito.

[3]) Cfr. ora Wenger, Das Recht der Griechen und Römer p. 250.

numeratae pecuniae. L'incertezza si coglie ora nella sua radice più profonda ed apparisce prodotta dal fatto che quel nuovo punto divista, concernente il valore del documento nel diritto delle provincie, non fu sinora utilizzato nello studio delle fonti giustinianee, con una larga e più intensa revisione critica delle medesime, alla luce dei nuovi risultati.

Attenuazione, degenerazione, trasformazione della stipulatio nel mondo romano, fusione del contratto letterale greco con la stipulatio verbale, rinascita d'una nuova figura di contratto letterale nel diritto giustinianeo, sono tutte belle frasi e concetti che possono contenere molto di vero, ma che debbono necessariamente coordinarsi rimpetto all' imponente tradizione romana, circa il nessun valore della scrittura, che a sua volta apparisce solida, organica e perciò impermeabile, non solo dagli scritti di tutti i romani giureconsulti, ma pure nella Compilazione che li ha raccolti.

Onde si spiega che di recente quei risultati medesimi, così concordanti, che scaturiscono da un esame largamente compiuto su nuovi documenti, furono oppugnati da scrittori ponderati, i quali non ammettono deviazione alcuna dal noto e semplice sistema tradizionale romano.

Il Brandileone[1]) negò l'assorbimento della stipulatio nell' atto della documentazione, preteso dal Brunner e contraddisse più decisamente l'asserto d'una surrogazione del documento alla stipulatio. E pertanto, d'accordo in questo punto con Gneist, egli tiene fermo il principio della semplice funzione del documento come mezzo di prova, quale ebbe certamente nel mondo romano. Il Brandileone ci riconduce così un passo indietro, verso Gneist, e forse più in là ancòra, con maggiore determinatezza alla pura dottrina dei giureconsulti romani. La celebrata attenuazione della stipulatio nel pensiero del Brandileone non è altro, come ho ragione di credere, che una tolleranza ammessa dalla dottrina romana rispetto alla prova in giudizio, la

---

[1]) Origine e significato della traditio cartae in Atti della R. Accademia di Torino, vol. 42 (1907) p. 339 segg.

quale peraltro non avrebbe variato di una linea forma e sostanza del diritto.

Il Freundt[1]) è ritornato pure verso Gneist contrastando tutti i risultati del Brunner ed in parte anche del Mitteis. Nei documenti che attestano i diritti vigenti nelle città greche, p. es. nel *Δάνειον* di Nicareta, avanti citato, la causa costitutiva dell' obbligazione non sarebbe la carta, ma la dichiarazione innanzi a testes, *ὁμολογία*, come nella stipulatio romana; egli ammette peraltro che, in seguito, dall' uso della redazione del documento innanzi ad un pubblico ufficiale si sarebbe giunti a riconoscere al documento stesso forza dispositiva, donde la litterarum obligatio di Gaio III, 134, e di cui si avrebbe un esempio nel documento di mutuo della petitio Dionisiae [Oxyr. II, 237 col. VIII, l. 13 segg.][2]), dove se ne assevera la forza obbligatoria. Di poi la constitutio Antonina del 212 avrebbe operato, di nuovo, un ritorno ai concetti ed al sistema originarii, e cioè nelle provincie la stipulatio romana, ridottasi alla semplice clausola stipulatoria inserita nel documento: *ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγησα*, avrebbe nondimeno ricondotto l'atto scritto alla sua originaria natura di un semplice strumento di prova della stipulatio, la quale perciò sarebbe stata considerata nelle provincie, realmente, come un atto con forma solenne orale. Così Freundt, imaginando un nuovo processo di sviluppo, giunge a quello stesso risultato, più o meno accolto da tutti, per cui si assevera la totale scomparsa del contratto letterale dalle consuetudini provinciali dopo la const. antonina, e quindi dal diritto dell' Impero, sia nel periodo bizantino che nella codificazione di Giustiniano.[3])

Da un punto di vista perfettamente opposto si è collocato il Binder in un breve scritto in cui delinea lo schema di uno sviluppo della stipulazione in contratto letterale,

---

[1]) Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Rechte, vol. I. II, 1910. Recensioni: Partsch in Zeitschr. f. d. gesamte H. R. vol. 70 p. 437 segg., Ferrari Byz. Zeitschr. vol. 20, p. 532 segg.

[2]) Contro l'interpretazione già corrente di questo punto della petitio Dionisiae Partsch l. c. p. 446.

[3]) O. c. I p. 28 segg., 66 segg.

e parla già di unificazione del documento della stipulatio con quello di mutuo, che avrebbe costituito una vera obbligazione letterale con o senza la clausola stipulatoria.[1]) Queste conclusioni parvero soverchie al Partsch[2]), uno tra i più insigni scrittori, signore del metodo e delle fonti, ed è vero certamente che il Binder nella trattazione raccolta e angusta non ha giustificate quelle conclusioni.[3])

Il Ferrari[4]), con cui concorda Collinet[5]), pur restando sul terreno dell' opinione dominante quanto alla natura probatoria del chirografo, rispetto al diritto giustinianeo, riconosce in questo ultimo un caso unico di contratto letterale, quello del chirografo di mutuo senza stipulazione, contemplato precisamente dal testo delle Inst. III, 21. Nelle dissertazioni del Ferrari e del Collinet è giusto il rilievo che l'origine di questo contratto letterale si deve portare alla persistenza nell' Oriente del chirografo obbligatorio dei Greci, ricordato da Gaio; ma il nesso non è dimostrato, come si ha diritto di esigere, nè la limitazione ad un unico caso di contratto letterale risponde al diritto del Codice.

7. In questa rapida revisione della letteratura sul nostro argomento si è visto, quel che peraltro si può constatare in ogni ricerca scientifica, che le dottrine ritenute nei varii periodi storici come verità ci si sono manifestate in sommo grado relative, vere cioè rispetto allo sviluppo del sapere e della tecnica, rispetto alle tendenze e al complesso degli elementi conosciuti nel tempo in cui furono elaborate. Si deve anche ammettere che ciascuna di esse ha in sè un nucleo di verità durevole, il che si spiega per la conformazione singolarissima delle nostre fonti di cognizioni, costituite a varii strati, di cui ciascuno contiene tutto un ordinamento a sè. Il riconoscimento di questo

---

[1]) Der justinianische Literalkontrakt, negli Studi in onore di Brugi 1911, p. 339 segg.

[2]) Zeitschr. f. d. gesamte H.R. l. c. p. 461.

[3]) Esse poggiano peraltro sui risultati del Brunner, o. c. p. 49; sulla conclusione definitiva del Mitteis, Reichsrecht p. 495.

[4]) L'obbligazione letterale delle Istit. imperiali: in Atti Ist. Veneto v. 69, II, p. 119 eseg.

[5]) Études historiques sur le droit de Justinien, 1912, p. 59 e segg.

stato di cose deve condurre spontaneamente ad una nuova indagine che valga a separare i diversi elementi secondo le varie fasi storiche, onde raggiungere una mèta più alta, dalla quale se il valore delle dottrine in precedenza enunciate apparirà alterato più o meno profondamente le dottrine medesime si scorgeranno tuttavia più limpide, inquadrate nel luogo che loro conviene.

E peraltro come si è potuto vedere il dibattito si è fatto più serrato negli ultimi anni, su tutti i punti, perchè effettivamente il nuovo e ricco materiale papirologico ha apprestato elementi di prim' ordine per chiarire i problemi di sopra accennati; ed in primo luogo per convolgere le ricerche in altra direzione, tenendo cioè conto dell' importanza della scrittura nelle consuetudini delle provincie dell' Impero che avevano subito l'influenza ellenica, e della tenace lotta da esse sostenuta di fronte al diritto imperiale dopo la constitutio Antonina del 212. Se, come è sicuro, la lotta si chiuse solo con la legislazione di Giustiniano, e, come dobbiamo supporre, anche qui con la vittoria degli usi provinciali sul diritto romano, la soluzione complessiva di tutti quei nodi s'intuisce prossima. L'opera di Giustiniano, invero, nella parte innovatrice, ha un carattere spiccatamente orientale[1]), specie in ordine alle forme degli atti, e perciò tra essa e quelle consuetudini provinciali, mai domate dal diritto dell' Impero, v'è una relazione immediata, di causa ad effetto, che vien posta sempre più in evidenza. Le forti oscillazioni delle opinioni finora enunciate dagli scrittori non debbono sorprendere, perchè esse sono in realtà l'espressione più fedele dello stato delle fonti latine, ancora affatto inesplorate su questo argomento. Gli studi papirologici hanno assodato il punto di partenza, e prodotto un grande fermento di idee e di ricerche, ed è già molto; ma i documenti di rado possono darci la soluzione limpida e definitiva dei problemi di diritto che si agitano nella nostra scienza. Essi, per il loro carattere, direi, di prodotti naturali ci presentano il fenomeno giuridico allo stato greggio, con un linguaggio ora

---

[1]) Cfr. Collinet, Études historiques cit.

sbiadito ora vago ed incerto, per cui l'accertamento delle norme che vi presiedono è esposto a continui dubbii. Per questo rispetto il valore di un rescritto imperiale vale bene tutta una serie di documenti privati, perchè da esso noi ricaviamo la norma di diritto nella sua purezza, e la vediamo viva ed operosa, spesso in contrasto con gli usi provinciali; e possiamo misurare, per contrario, nello stesso tempo il grado di energia che tali usi opponevano con la loro risoluta persistenza al diritto dello Impero. Perciò è ovvio dire, che il fattore decisivo per l'incremento del sapere rimane sempre nella nostra materia lo studio del Corpus iuris, che ha smisurate profondità ancora inesplorate. Una più accurata indagine sui testi legislativi potrà forse condurre alla soluzione di tutti i problemi qui accennati, che per esperienza ripetuta degli ultimi anni può ben rinvenirsi distinguendo nettamente i due strati che si trovano sorrapposti nel Corpus iuris, e cioè il diritto romano classico ed il diritto giustinianeo. La scuola storica, come ho dimostrato, la vecchia e la nuova, lavorò incessantemente con gli elementi classici, riconducendoci sempre più verso le dottrine e le teorie dei giureconsulti romani. Il diritto giustinianeo, da cui fluisce la parte più larga del diritto comune, fu invece ricacciato nell' ombra.

La revisione critica delle fonti consente a noi oggi di seguire un metodo diametralmente opposto, cioè quello di rimettere in luce il diritto giustinianeo, scoprendo così in una volta la vera causa di tutte le contraddizioni e delle teorie vaghe e inconsistenti costruite degli autori nella nostra materia.

8. Un' avvertenza devo ancora aggiungere e riguarda il metodo nell' esame e nella critica dei testi. Noi avremo da fare, precipuamente, con i rescritti raccolti nel Codice, perchè le riforme più essenziali di cui s'è fatto cenno furono eseguite con ordine sistematico, appunto sulle costituzioni imperiali raccolte nel Codex. Ciò dipende probabilmente da varii motivi. Alcune idee poterono assumere una forma più concreta e matura appunto nell' ultimo anno dell' opera legislativa. Più di frequente peraltro ciò deve attribuirsi al fatto che i Compilatori incaricati della revisione del

Codex ebbero nelle mani un materiale maneggevole, già elaborato, onde poterono rivederlo con maggior vigilanza, più calma e più sapienza, frutto quest' ultima del lungo studio e della grande fatica durata sulle opere dei giureconsulti. E infine non deve trascurarsi il fatto che la correzione e inversione dei rescritti era più agevole ad effettuare che quella dei passi dei giureconsulti, che avevano spesso una struttura ampia e variata, una perfetta concatenazione di idee e di sviluppi, che ne rendevano ardua la disarticolazione. I rescritti invece redatti metodicamente su uno stesso modello, cui Papiniano diede un' impronta di grande vigoria ed insieme di rigore, costruiti sempre con elementi semplici secondo le leggi, direi, della logica matematica, potevano essere ritoccati con mezzi semplici e rimescolati e ridotti al senso inverso con tocchi brevi e leggieri.[1])

I compilatori del resto, spinti dal desiderio di ottenere la massima concentrazione del materiale ed insieme la 'simplicitas' delle norme giuridiche, furono proclivi a fondere spesso in un solo corpo due rescritti riguardanti casi diversi, come per esempio un caso di mutuo e un altro concernente una stipulatio, unificandone la decisione. L'accertamento di queste operazioni, le più complesse, senza dubbio, che si possono presentare all' interprete, offre com' è ovvio intendere, grandi difficoltà. Sul Codice appunto si hanno studi sporadici e poche esperienze.[2])

---

[1]) Si avverta che i Compilatori dei Digesti fino al libro XXXIX procedettero con un sistema più largo d' interpolazioni, intercalando o inserendo lunghi brani o frammenti tratti dalle costituzioni giustinianee [Gradenwitz, Interpolationen p. 10]. Dopo dovettero riflettere che era più opportuno rinviare alla nuova edizione del Codice riforme più profonde (anche per la 'tanta reverentia antiquitati habita' ?).

[2]) Un esempio sicuro di fusione di varie leggi in unica costituzione, che innova poi il diritto precedente, si ha in Cod. V, 1, 5 [Riccobono, Arra sponsalicia: Pel 50° anniversario di insegnamento del Prof. Pepere, 1900 p. 139] e ciò malgrado i rilievi in contrario di P. Krüger. Il lavoro di Rotondi 'Sulla tecnica dei Compilatori del Codice giustinianeo', 1912, riguarda le geminazioni, e particolarmente il tit. I. 4 de episcopali audientia. Ma dato che la formazione di questo titolo è del tutto singolare, e come tale già rilevata dagli antichi e da Hermann [Codex ed.

Ma la prova da me fatta sul tit. VIII, 53 de donat. mi ha indotto ad allargare le indagini, e credo di aver trovato la chiave per veder più addentro al sistema tenuto dai Commissarii. In un lavoro però d'indole dommatica non si può indugiare ogni volta a discutere questo o quel procedimento seguito dai Commissarii, onde mi è parso più congruo, dove è possibile, tentare la restituzione del testo genuino. Ma ciò deve intendersi nel senso ed al fine unico della dimostrazione, perchè essa proceda più spedita e raggiunga col linguaggio conciso e vigoroso dei giureconsulti romani la massima evidenza. Nel seguire tale sistema non fui scevro da titubanze, perchè non vorrei il rimorso che altri mi attribuisse la pretesa presuntuosa di voler rifare i testi antichi, o di esercitare inutilmente un' arbitraria prepotenza ai danni della verità. Io so bene[1]) che ha tutt' altro valore il testo, tramandatoci dai libri antichi di quello che noi vogliamo forgiare o imaginare, al solo scopo dell' interpretazione storica. E peraltro importa notare che il tentativo ogni volta è scevro da audacie. Infatti non è una mia particolare convinzione il credere che i Compilatori d'ordinario lavorarano di mosaico sui testi che avevano per le mani, perchè l'esperienza ormai più larga conferma ciò in modo sicuro. I testi sono tante volte alterati con mezzi tenui; e cioè per via di brevi aggiunte soppressioni mutamenti spostamenti e fusioni: E perciò tagliar fuori interi e lunghi brani, perchè nel mezzo occorrono discordanze o una parola, nuova di formazione o solo per il senso, è arbitrario; perchè tutte le mende dei passi dipendono tante volte da tagli e rattoppi, mentre essi conservano idee ed elementi genuini. Onde come prima norma, sia pure col valore di una semplice presunzione, si deve sempre partire dal presupposto che nel testo sono molti

---

Kriegelii p. 506 n. b. ad l. Ulod. VII, 65] è ovvio osservare che esso non può servire di modello nè fornire esperienze proficue. Rotondi sospetta pure che il titolo sia nuovo, introdotto nella 2ª ediz. del Codex, ma è da notare che il C. Th. I, 27 ha la rubrica 'De episcopali definitione', la quale non poteva mancare nella prima edizione del Codice di Giustiniano.

[1]) Cfr. ZSS. vol. 33 p. 288.

elementi classici; che bisogna perciò conservare il più che sia possibile di quel che esso contiene, e viceversa che non bisogna introdurvi nuovi elementi, se non in casi sicuri, accertati da confronti, richiesti d'altronde dalla originaria redazione del passo. Se operando in tal maniera s'incorre in errori, almeno si sbaglierà cautamente.

L'avvertenza non inutile, pertanto, mi risparmierà nel corso del lavoro molti rilievi e indugi.

Capitolo II.

La stipulatio classica fino a Giustiniano.

9. La stipulatio è un contratto formale, che si compie mediante una solenne interrogazione del futuro creditore e una congrua risposta del futuro debitore. Forma e funzione della stipulatio sono significate in maniera perspicua da Paolo nel noto passo delle

> S. V, 7, 1: Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum sollemnitate concipiuntur, *cet.*

Nel suo pieno sviluppo, dunque, la stipulazione serve a conferire efficacia giuridica a qualsiasi convenzione. Se pertanto nel diritto romano vige assoluto il principio, che il patto nudo, cioè la semplice convenzione, in antitesi alla stipulatio ed ai negotia per cui non è richiesta una forma[1]), non può costituire un rapporto obbligatorio nè generare azione, d'altra parte la stipulazione offriva un mezzo assai semplice per rivestire di piena e perfetta efficacia giuridica la promessa di qualsiasi prestazione. Essendo un contratto formale, nel senso più assoluto, la causa qualunque sia, vera o fittizia, lecita o illecita, non infirma per sè la validità del vincolo; di cui nondimeno le conseguenze inique potevano essere rimosse soltanto mediante l'actio e l'exceptio doli, dimostrando cioè il debitore che la causa per cui si era obbligato mancava o era in generale illecita. Il vantaggio dell' obbligazione astratta è sempre preminente nel commercio, appunto perchè libera l'attore

[1]) fr. 1 § 2 D. 19, 4; 7 § 4 D. 2, 14; Paul. S. II, 14, 1; II, 22, 2.

dall' onere della prova in ordine alla esistenza della causa dell' obbligazione. Perciò in Roma la stipulazione divenne il negozio di uso più ordinario; la sua funzione precipua era di costituire un' obbligazione giuridicamente efficace per quelle cause per cui si richiedeva la forma, ma inoltre le obbligazioni causali, munite per se stesse di azioni, venivano usualmente trasfuse nella stipulatio, così in modo particolare l'obbligazione di mutuo.[1]) Nella vita moderna abbiamo nulla che si possa paragonare alla stipulatio romana, per quanto riguarda l'uso universale della medesima. Il principio del diritto moderno, che ogni convenzione lecita è per se stessa munita di efficacia giuridica, esclude in buona parte la necessità di ricorrere ad un tipo di contratto formale, quale era la stipulatio. E peraltro la scrittura che ha largamente surrogato la stip. si presenta nel diritto moderno con funzioni assai diverse: come mezzo di prova libero o legale; come elemento essenziale del negozio, p. es. nella donazione o nel testamento; ed infine come costitutiva dell' obbligazione, p. es. nella cambiale, ed in generale nei titoli al portatore. Soltanto in quest' ultima funzione la carta si agguaglia al contratto verbale romano; di cui la forma era agile e semplice quanto quella della nostra cambiale, consistendo, come si è detto, in una interrogatio e una responsio, scambiate dalle parti personalmente, senza che si richieda poi la presenza di testi, o redazione scritta dell' atto eseguito. E se l'uso di redigere in iscritto la stipulatio, avanti o dopo il compimento della solennità verbale, si diffuse in Roma anche prima delle più dirette influenze elleno-orientali; tuttavia la 'cautio' non fu mai considerata nel mondo romano come un elemento essenziale o, in un modo qualsiasi, per se stesso considerevole, ma fu invece adibita e ritenuta sempre come un mezzo più agevole di provare che la stipulazione aveva avuto luogo. I giureconsulti romani anche dell' ultimo periodo non attribuiscono mai un valore diverso o maggiore al documento della stipulazione, e sino a Diocleziano sicuramente questo principio non variò di una linea.

---

[1]) fr. 1 § 5 D. 12, 1; fr. 6 § 1 D. 46, 2.

10. Questa affermazione dev' essere dimostrata dal lato positivo e negativo. Positivamente, accertando che Giustiniano alterò nel Corpus iuris pochi testi antichi per conferire, espressamente, all' instrumentum stipulationis valore pari alla solennità orale, nel modo che sarà in seguito meglio determinato. Negativamente, col verificare che i giureconsulti e gli Imperatori sino a Diocleziano non conobbero altra funzione della scrittura fuori di quella di una mera facilitazione della prova dell' atto solenne.

La dimostrazione per quest' ultimo verso è più difficile, non solo perchè investe il problema dal lato negativo, ma per due motivi particolari; e cioè, in primo luogo, perchè l'attenuazione della stip. verbale, e la correlativa importanza della scrittura che la conteneva, apparisce di per se stessa cosa naturalissima anche rispetto al periodo classico, che offre già un punto di riscontro nell' evoluzione del testamento per aes et libram; ed in secondo luogo per il fatto, che l'opinione dominante in proposito fin dal sec. XVI[1]) suppone precisamente che tutta l'efficacia del contratto costituito per mezzo della stip. fu riposta, sempre, nell' atto verbale e mai nella scrittura; la qual cosa pone quella dottrina in una posizione privilegiata, potendo essa conciliare, senza sforzo, qualsiasi alterazione esteriore della stip. con tutta la terminologia e la teoria tradizionale dei romani giureconsulti. In sostanza l'opinione dominante ha conferito alla stipulatio due vite: una esteriore mutevole, l'altra interiore che sarebbe durata sempre eguale, prima e dopo che l'atto solenne avesse subito una qualsiasi alterazione. Or io non pretendo che siffatta concezione della stip. sia contraria al diritto del Corpus iuris; ma dico solo che la medesima nemmeno lontanamente fu nota ai giureconsulti romani, i quali, invece, nelle loro trattazioni richiesero sempre e presupposero la solennità orale, che descrivevano e analizzavano con la massima determinatezza, come la causa effettiva del rapporto obbligatorio, che non poteva perciò essere omessa nè altrimenti pre-

---

[1]) Cfr. Cuiacio v. IX p. 1903 ad l. 1 Cod. 8, 37; Gneist o. c. p. 203, 247.

sunta; ed affermo, di conseguenza, che le alterazioni dei testi classici accolte nella Compilazione sono in realtà assai numerose e profonde, operate al fine di attenuare o eliminare totalmente quel rilievo in cui la forma verbale appariva nelle opere degli antichi. Incomincio pertanto dal verificare quest' ultimo punto.

11. La trattazione diretta della stipulatio era fatta nei libri iuris civilis, perchè la stipulatio era un contratto di ius civile, di cui i peregrini furono resi partecipi con lievi particolari limitazioni circa la forma.[1]) Il diritto della stip. si trova esposto in Gaio III, 92 e sgg. in una maniera che era sicuramente tradizionale nella letteratura giuridica fin da Sabino, e che si mantenne intatta in tutte le opere dei giureconsulti, compresi quelli del III secolo e fino nel più tardo Medio Evo, fin dove giunge la tradizione giuridica romana. Come si vede dalla Palingenesia del Lenel i commentatori dei libri tres iuris civilis di Sabino trattavano della stip. nei seguenti libri, che come di solito si corrispondono; e cioè Pomponio nei l. 24—28; Paolo nei l. 11—12 ed Ulpiano nei l. 45—49. I Compilatori presero come base di questa materia ai fini della codificazione l'opera di Ulpiano; onde se è vero quel che ho asserito riguardo al carattere tralaticio di tutte quelle trattazioni a cominciare da Sabino, un confronto tra l'esposizione di Gaio ed i fr i. dei Digesti ricavati dall' opera di Ulp. ad Sab. deve esser possibile; tenendo conto, com' è ovvio, dell' indole diversa delle opere, che si riflette necessariamente nelle due trattazioni: quella di Gaio elementare e raccolta, quella di Ulpiano profonda ed ampia, come si conveniva ad un trattato che mirava a raccogliere tutta la tradizione scientifica dello ius civile. Il confronto, perciò, se riescirà utile nei risultati deve assurgere ad un importanza straordinaria, perchè Ulpiano non ebbe di sicuro per modello l'opera di Gaio, e quindi se coincidenze vi si riscontrano, esse dimostrano che la materia era già da tempo solidificata e si trasmetteva come una massa compatta nelle opere di tutti i giuristi.

---

[1]) Gai III, 93.

12. Dei requisiti di forma della stipulatio trattava Ulpiano sotto la rubrica 'de inutilibus stipulationibus', così ricostruita dal Lenel, e che si manifesta bene appropriata, osservando che 'la locuzione inutilis est stipulatio' ritorna in Gaio III, 97—104 di continuo, con valore tecnico, che presuppone quindi una rubrica.[1])

Or per osservare lo schema delle due trattazioni quella di Gaio e l'altra di Ulpiano, ai fini di una più profonda indagine sull' argomento, giova meglio riportare qui un lungo brano dai Digesti, annotando al margine dello stesso i confronti con Gaio, che saranno poi illustrati particolarmente.[2]) fr. 1 D. 45. 1 Ulp. l. 48 ad Sabinum.

Gai III

Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: [*nec absens quidem*], quoniam exaudire [*invicem*] debe[*n*]t. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum [*praesentem*] stipuletur, et [*adquiret*] ei ex stipulatu actionem. [*item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus.*]

§ 92 . . . ex interrogatione et responsione.
§ 105 mutus, surdus.
§ 109 infans.
§ 136 absens.

§ 1. Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, [*obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem*].

§ 2. Si quis ita interroget[3]) 'dabis?' responderit 'quid ni?' et is utique in ea causa est, ut[4]) obligetur: [*contra*][5]) si sine verbis adnuisset. [*non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*]: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem.

§ 3. Si quis simpliciter interrogatus responderit: 'si illud factum erit, dabo' non obligari

§ 102 ad id quod interrogatus erit non responderit . . .

---

[1]) Lenel, Palingenesia v. II, c. 1186; Das Sabinussystem p. 79.

[2]) Le interpolazioni sono segnate, per quanto è possibile, con caratteri corsivi e chiuse da pareutesi.

[3]) Mommsen corregge 'interroganti', meglio 'interrogatus' cfr. § 3.

[4]) Ulp. 'non'. [5]) Ulp. 'item'?

eum constat: aut si ita interrogatus: 'intra kalendas quintas' responderit 'dabo idibus', aeque non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. et versa vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, [*nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur*].

Gai III

sub condicione...

si sestertia x a te dari stipuler...

§ 4. Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem [*nisi in decem*] constat. ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio [*nisi in decem*] non erit contracta: [*licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse*].

§ 5. Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adiectionem pro supervacuo habendam puto: nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem.

§ 6. Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. [*et scriptura Sabini, sed et verum patitur*], ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat [*sive per se sive per verum interpretem*].

§ 93 peregrini, Graecus sermo

si modo Graeci sermonis intellectum habeant.

Il confronto del testo ulpianeo con Gaio dimostra in primo luogo, che nonostante i tagli operati dai Compilatori nello squarcio di Ulpiano, tuttavia la corrispondenza fra le due trattazioni è continua, nel punto scelto per

saggio, dal principio alla fine. L'esposizione di Ulpiano era perciò più organica e più dettagliata che non sia consentito di scorgere ora nel brano assottigliato dai Compilatori. L'ordine dei punti trattati conta poco; sia per l'indole diversa delle opere, come osservai, e sia ancora perchè nella disposizione della materia e degli argomenti sui singoli temi, si rivelava in deffinitivo, tutto il contributo personale di questi trattatisti romani. Ciò vale particolarmente per lo ius civile, che, dopo l'epoca Adrianea, non subì di sicuro movimenti nè essenziali nè notevoli. L'argomento in esame offre appunto un esempio insigne per verificare tale asserzione.

1. L'atto solenne è descritto da Gaio e da Ulpiano nell' introduzione con parole che non coincidono, ma si equivalgono: Gaio lo rappresenta descrivendolo dalla realtà: ex interrogatione et responsione[1]), veluti . . . Ulpiano ne rileva in astratto l'elemento essenziale: non potest confici nisi utroque loquente. Questa locuzione doveva essere pure tradizionale, perchè Gaio III, 96 riferisce casi in cui l'obbligazione si costituisce 'uno loquente', che furono eliminati dai Compilatori nei Digesti.

La stip. perciò si effettua mediante la pronuncia di parole determinate da parte dei contraenti; onde essa presuppone l'idoneità fisica a parlare ed udire, la praesentia dei contraenti e l'unitas actus. Tutti questi requisiti sono conseguenziali: la praesentia, perchè la solennità deve essere compiuta dalle parti interessate; unitas actus, perchè l'atto solenne per sua natura non ammette interruzione, richiedendo tutta l'attività dello spirito di coloro che vi partecipano; mentre, inoltre, nel diritto come nelle religioni il rito esteriore costituisce un elemento essenziale.

Dal primo requisito, che consiste nella pronuncia di parole determinate, Ulpiano desumeva la incapacità a compiere la stipulatio dei: mutus, surdus, infans, absens, che perciò si trovano subito elencati nel testo in connessione con la forma dell' atto. Ma i Digesti presentano i quattro casi conglobati in unico periodo, cui si riferisce un unico

---

[1]) Cfr. 1 § 7 D. 44. 7 Gai II aur.

motivo: quoniam exaudire [*invicem*] debent; Gaio, invece nel § 105 distingue già anche il mutus dal surdus e attribuisce solo al surdus quello stesso motivo riportato nei Digesti: quia et is qui stipulatur verba promittentis, et qui promittit verba stipulantis exaudire debet. Del mutus dice evidente — palam est — che non possa stipulare: s'intende perchè privo dell' organo più essenziale, la parola. L'infans è in Gaio § 109 paragonato al furiosus, incapace perciò: quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent.[1]) Questa specificazione di motivi è cospicua, corroborata poi dal medesimo Ulp. Reg. XX, 12, 13, che spiega quelle stesse incapacità a proposito della testamenti factio, aggiungendovi quelle speciali dell' impubes e del prodigus. Ebbene Ulpiano così distingue i motivi: § 12: impubes . . . quoniam nondum plenum iudicium animi habet; § 13: . . . mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus quoniam verba . . . exaudire non potest; furiosus quoniam mentem non habet.

Nelle dette opere dunque Gaio e Ulpiano combaciano perfettamente su questo punto. Onde si deduce con certezza, che Ulpiano nel fr. 1 in esame doveva svolgere i diversi casi di incapacità fisica in periodi separati, adducendo per ciascuno di essi il motivo proprio, e che Triboniano condensò la trattazione formando di tutti unica categoria, cui riferì uno stesso motivo d'incapacità, quello proprio al surdus, esteso mediante l'avverbio '*invicem*'. Triboniano credette che quel motivo, essendo più generale e nello stesso tempo incolore, non avrebbe suscitato sorpresa, mentre quello particolare al mutus 'quia loqui non potest' avrebbe dato all' occhio. L'interpolazione è difficile a segnare, perchè tutti gli elementi conservati sono ricavati dall' esemplare, in cui del resto furono eseguiti larghi tagli e spostamenti. La frase 'nec absens quidem' l'ho indicata come interpolata, perchè il caso doveva essere considerato a parte, nella continuazione. Le manipolazioni dei testi or rilevate sono peraltro frequenti e note da confronti diretti.[2])

---

[1]) Cfr. Inst. III, 19, 7—10; fr. 1 §§ 12, 15 D. 44. 7 Gaii II aureorum.

[2]) Cfr. V. F. 70[1] e fr. 9 § 7 D. 7. 1; Riccobono, Studi Brug p. 171 sgg.

Anche il periodo che segue: 'si quis . . . actionem' subì la mano dei Compilatori, ridotto in frasi vibrate, con impronta legislativa; infatti *igitur*, la forma del futuro[1]) *adquiret* sono usati di preferenza dai Compilatori; questo verbo poi è privo di soggetto, che nella struttura del periodo non doveva omettersi: la qualifica *praesentem* apposta a servum era superflua per un classico, ricorda bene invece la c. 14 Cod. 8. 37 di Giustiniano [a. 531]. Tuttavia l'interpolazione è solo formale; forse il periodo fu spostato dal suo luogo, dove doveva pure essere considerata la stip. dei filiifamilias; onde non ho segnata l'interpolazione che rispetto alle parole e forme caratteristiche ai Compilatori. E fare così giova; per reagire contro l'uso invalso di espellere dai testi interi brani sol perchè presentano lievi mende o discordanze. Lo studio delle dottrine infatti esige ora più cura nel distinguere le interpolazioni sostanziali da quelle meramente formali, ricavate d'altronde dagli stessi esemplari classici.

2. Il requisito della 'praesentia' era posto in evidenza da Ulpiano nella continuazione, come è dimostrato dalla frase 'nec absens quidem', che si disse dislocata. E di essa i giureconsulti facevano ogni volta espressa menzione, per quanto fosse intuitiva. Così Paolo S. V, 7. 2: Verborum obligatio inter praesentes non etiam inter absentes contrahitur; Gai III, 136 . . . cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit[2]); e Teofilo III, 21 determina l'inesistenza della stipulatio in confronto alla scrittura quando sia fatta *οὐ παρόντος τοῦ δανείσαντος*. Tutto ciò va rilevato perchè ove si rinvenga nelle opere dei giuristi o nei rescritti espresso quel requisito, non v'è ragione alcuna di attribuirlo ai Compilatori, per quanto il testo si possa presentare profondamente alterato.[3])

---

[1]) Riccobono, Communio, in 'Essays in legal history' p. 88 n. 3.

[2]) Cfr. fr. 2 § 2 D. 44. 7; Gaii II aur. I. III, 22, 2.

[3]) Cfr. più oltre l'esame del fr. 134 § 2 D. 45. 1; c. 1 Cod. 8. 37; c. 3 Cod. 8. 39; Paul S. V, 7, 2 e l'Interpret. vigisota. Il passo poi delle Instituzioni III, 22, 1 in confronto a Gaio III, 136; ed il testo di Gaio III, 138 saranno considerati a parte.

3. Dell' unitas actus trattava Ulpiano in connessione immediata alla praesentia. L'atto iniziale deve compiersi inter praesentes senza interruzione alcuna; la risposta deve seguire immediata e congrua alla domanda; tra l'una e l'altra non è consentito che si attenda ad altre operazioni. Si può ammettere bensì una pausa, un momento di riflessione, prima della risposta, la quale può essere accompagnata da una facezia o da una frase epica[1]), ma non è consentito che lo stipulante fatta l'interrogazione si allontani. Quid se ritorna subito per raccogliere la risposta? Ciò è tollerato, dice Ulpiano nel § 1, che non è scevro da alterazioni. Io ritengo che il caso era controverso tra i giuristi, o perlo meno essi dovevano in proposito fare delle distinzioni riguardanti la durata e la causa dell' allontanamento, per escludere che fosse lecito passare ad altra occupazione nel frattempo; infatti il periodo 'et reverso responsum est, obligat' è astruso, mentre si attenderebbe la solita locuzione: 'utilis est stipulatio' in contrapposto all' 'inutilem' che precede; ma sicuramente interpolata è poi la motivazione: *intervallum enim medium non vitiavit obligationem*, in cui il verbo doveva essere al presente, essendo la giustificazione generale ed obbiettiva; e l'*intervallum medium*, senza limiti di sorta, è certo contrario alla solennità dell' atto, e quindi impossibile. Il pensiero dei Compilatori, peraltro, apparisce chiaro in più luoghi. Notevole in proposito è il

> fr. 137 pr. D. 45. 1. Venuleius I Stip.: Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet [*ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit*] et comminus responderi stipulanti oportet. certum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem [*die*] respondisset.

Dunque la risposta deve essere immediata. Se l'atto s'interrompe per altre faccende, la risposta ritardata non giova a costituire l'obbligazione, quantunque segua entro il giorno. *Eadem die*? Anche questo termine è impossibile sia genuino; perchè avvenuta l'interruzione, ed essendosi

---

[1]) fr. 65 D. 45. 1 Florentinus 8 Inst.

rivolto il promittente ad occupazioni diverse, la inefficacia dell' atto è assoluta, anche se la risposta segua 'eodem momento', ed inoltre il quamvis vorrebbe segnare già la 'dies' come limite normale tollerato, cosa che è in aperto contrasto con il 'comminus oportet', che è fermo nella protasi del passo. L'interpolazione poi del periodo '*ut tamen* . . . *possit*' è evidente, anche per la forma condizionale espressa con vera predilezione dai Compilatori con la frase *ut tamen*.[1])

Nel risultato perciò i Compilatori vollero ammettere la possibilità che tra la domanda e la risposta intercedesse un intervallo, di tutto un giorno(!). Ed il limite potrebbe apparire segnato più largamente nel

fr. 12 pr. D. 45. 2 Venuleius 2 stip. Si ex duobus qui promissuri sint, hodie alter, alter postera die responderit, Proculus non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum qui postera die responderat: [*cum actor*] ad alia negotia discesserit [*vel promissor, licet peractis illis rebus responderit*].

L'interpolazione della chiusa fu rilevata da Eisele[2]), ed il brano è certamente in gran disordine. Io osservo che il concetto che vi si contiene, funge ora da motivo alla decisione che precede: cum *cet*; mentre è probabile che Venuleio considerasse pure in questo luogo altro motivo di nullità della seconda stipulazione, cioè: sed si actor ad alia negotia discesserit. Era qui dunque contemplata giusto quella situazione medesima che presenta Ulpiano nel testo che abbiamo in esame; e che i Compilatori scombinarono in tutti e due i passi, per concedere un intervallo ed attenuare il rigore dei testi classici. E rispetto alla forma di costituzione di duo rei l'interpolazione fondamentale si trova nel

fr. 6 § 3 D. 45. 2 Iulian. 42 dig. Duo rei sine dubio ita constitui possunt ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat: [*modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obliga-*

---

[1]) Riccobono, La comunione cit. p. 81.

[2]) ZSS. 13 p. 149.

tioni non sit], nihil impedit, quo minus duo rei sunt. fideiussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa si responderit, potest videri non impedire obligationem reorum, [*quia nec largum spatium interponitur nec is actus, qui contrarius sit obligationi*].

Le aggiunte più sicure nel passo sono quelle segnate in corsivo; mediante le quali fu data permissione alle parti di compiere nell' intervallo altro *modicus actus*, con la condizione che non sia '*contrarius obligationi*', e che l'intervallo sia *modico*. Resta il problema di sapere quali sono gli atti contrarii all' obbligazione; mangiare, dormire, suonare il flauto? Quali gli atti modici? E che bisogna intendere per modico intervallo? La indeterminatezza di tutti questi punti rivela l'alterazione del principio esposto dai classici, che esigevano sempre rigorosamente l'unitas actus. Giuliano nel testo riferito determinava condizioni e limiti per via di esemplificazioni; il fondo del passo è perciò genuino, e le interpolazioni vi sono sovrapposte. Il contenuto delle medesime è ripetuto nel fr. 3 pr. D. 45. 2, di cui qui interessa la frase: '*posterior etsi ex intervallo accipiatur*' che si legge nel mezzo del periodo aggiunto dai Compilatori.[1])

In conclusione i Compilatori lasciarono nei Digesti solo l'ombra del requisito dell' unitas actus, che sostianzalmente distrussero. Tra la proposta del futuro creditore e l'accettazione del futuro debitore può intercedere ora un intervallo, che può giungere al limite dell' intera giornata: *eadem die*; il quale termine si rivela subito coordinato alla riforma contenuta nella costituzione 14 Cod. 8. 37 dell' a. 531 dove la praesentia fu ridotta nel senso: *si in eadem civitate utraque persona in eo die commanet.*

E perciò fin da ora si può giudicare che i Compilatori in realtà lavorarono con molta vigilanza i testi antichi per cancellare dagli stessi quella maggiore determinatezza e precisione con cui i classici descrivevano tutti i requisiti della stipulatio, che pure nell' opera di Ulpiano apparivano in grande rilievo. La solennità orale fu disorganizzata e

---

[1]) Cfr. Eisele, ZSS. 13 p. 149.

abolita totalmente. Aggiunte, tagli, spostamenti di periodi e di frasi furono, per quel che abbiamo visto, determinati da un motivo unico generale, quello di dare un tono ambiguo a tutti i requisiti della stipulatio, smorzandone le tinte più vive. Così via via si disegnava la linea della nuova stipulatio letterale, che doveva poi essere svolta con grande risalto nel Codice.

Nel riprendere l'esame del fr. di Ulpiano occorrono altre osservazioni di importanza secondaria, ma non del tutto trascurabile. Nel § 2 Ulpiano doveva esaminare le forme che la risposta del futuro debitore poteva assumere per la validità della stipulatio.[1]) I Compilatori conservarono due esempi: nel primo il debitore alla domanda: dabis? risponde: quid ni; nel secondo con semplice annuizione. Ulpiano dice efficace la prima forma, escludendo, all' opposto, che il consenso si possa esprimere con cenni senza la parola. Ma abbiamo elementi diretti per mettere in dubbio quella decisione affermativa, e ritenere impossibile la tolleranza attestata nell' uso dei termini tecnici, che invece dovevano corrispondersi rigorosamente[2]), nella interrogatio e nella responsio. La mutilazione del brano, peraltro, si mostra nelle parole introduttive: '*si quis ita interroget*' mentre la struttura del passo esige 'interrogatus' secondo la mia proposta. La discordanza quindi fu prodotta dall' alterazione del testo per opera dei Compilatori. Anche il periodo '*non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit*' appare interpola-

---

[1]) Vi corrispondeva almeno in parte il § 95 di Gaio, che è lacunoso.

[2]) Ciò è provato dal 'dummodo congruenter respondeatur' posto da Ulp. nel § 6 come condizione per la validità della stip. fatta con l'uso di lingue diverse, che si riferisce appunto alla congruenza pur nella forma e nei verba, onde si deve dire che la decisione di Ulpiano doveva essere la opposta. Quella riferita nei Digesti ha fatto grande difficoltà '[Gotofredo ad h. l.] ed è inoltre contraddetta dalla c. 10 Cod. 8. 37 del 472, che suppone fino allora la stip. eseguita verbis sollemnibus vel directis' cfr. inoltre J. III, 15. 1 'sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere'; Theoph. eod., fr. 8 in fine 46,4 riportato più oltre nel testo. La terminologia della stip. è peraltro esposta da Gaio III, 92, 93, 94, e non abbiamo notizia di un ulteriore sviluppo in questo proposito.

tizio[1]); ben' inteso però che Ulpiano doveva trattare in questo luogo il quesito, dando sostanzialmente la stessa decisione. La interpolazione è quindi formale, come si vedrà meglio più oltre nell' esame del fr. 7 § 12 D. 2. 14.

Nei §§ 3—5 contemplava Ulpiano casi di nullità della stip. per la non perfetta coerenza della risposta alla interrogazione del creditore. I ritocchi dei Compilatori vi sono evidenti, e già rilevati dal Lenel e da H. Krüger. Gaio trattava lo stesso punto di diritto con gli esempi medesimi nel § 102 e nessuna variazione si coglie nel confronto con il testo di Ulp., depurato dalle interpolazioni.

Nel § 6 si giunge all' uso della lingua, di cui Gaio si occupava fin dall' inizio nei §§ 93, 94 in connessione con la stip. dei peregrini. Il rapporto era logico e aveva un fondamento reale, onde si deve ritenere che la trattazione della stip. dei peregrini fu soppressa dai Compilatori precisamente da questo luogo. La fonte dell' una e dell' altra trattazione è Sabino, citato da Ulpiano, che amplia l'argomento considerando oltre la lingua greca la punica e la siriaca, della ammissibilità delle quali per la stip. si dubitava. È difficile a primo aspetto imaginare che al tempo dei Severi non fosse consentito l'uso di queste ultime lingue in Roma, dove Africani ed Asiatici rigurgitavano, e perciò si sarebbe inclini a credere, che quel dubbio fosse pure tralaticio nelle opere giuridiche, espresso da scrittori più remoti. Ma d'altra parte è impressionante che lo stesso Ulpiano più oltre, nel l. 48, trattando della acceptilatio, che coincide perfettamente in tutto con la stip., ritenga, come una sua particolare opinione, consentito per essa anche l'uso del greco: fr. 8 § 4 D. 46. 3: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat ut Latinis verbis solet: *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών*; ed inoltre, che egli ammetta per il fedecommesso (e si capisce non per il legato) parimenti solo l'equiparazione del greco al latino, senza far menzione di altre lingue.[2]) E se a ciò

[1]) Cfr. Albertario in Filangieri a. 1912 p. 32 [Estr.]

[2]) Ulp. Reg. XXV, 9; onde se nel fr. 11 pr. D. 32 [Ulp. 2 fideic.] si legge: Fideicommisso quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuius-

si aggiunge che la citazione nella chiusa del testo è in disordine, forse perchè vi fu eliminata l'argomentazione che Ulpiano doveva desumere dal suo esemplare, si arriva proprio a dubitare che tutto il tratto non abbia subito un forte rimaneggiamento da parte dei Compilatori, che dovevano naturalmente stabilire la eguaglianza di tutte le lingue. È sicuramente interpolata è poi la frase '*sive per se sive per verum interpretem*', perchè l'intervento di un terzo nella solennità della stipulatio, sia pure con una funzione meramente meccanica, è incredibile; mentre la qualifica dell' interprete, che dev' essere vero = idoneo [autorizzato?] è d'impronta giustinianea. E peraltro nel periodo, che precede nel testo, Ulp. richiede intelligenza diretta della lingua: ita tamen ut uterque alterius linguam intellegat, come la esigeva Gaio § 93: si modo Graeci sermonis intellectum habeant. Riscontri sorprendenti, dunque, tutti questi che mostrano come la struttura intera degli istituti di ius civile — in opposizione al ius gentium e al ius honorarium — fosse già ossificata al punto da mostrarsi inerte e perciò insensibile alle nuove idee e alle influenze delle correnti moderne, che pur erano in questo periodo attive e imponentissime.

Onde la conclusione non varia anche rispetto all' ultima parte del testo Ulpianeo. Il confronto con la trattazione di Gaio è costante e intimo. Definizioni, locuzioni, esempi, decisioni e motivi formano una massa compatta nella trattazione della stip. che è assunta da Ulpiano nella sua opera tale e quale si trovava esposta da Sabino e dai trattatisti del secolo secondo, senza alcuna variazione di rilievo. Ne segue, che al tempo di Ulpiano la stipulatio non aveva subito deformazione di sorta, ed in particolare nessuna attenuazione era stata consentita al rigore della

---

cumque gentis, il testo apparisce alterato. Infatti la sconcordanza tra 'sermone' e 'Latina' *cet.* doveva essere evitata da un classico con la ripetizione del sostantivo 'lingua'. Perlomeno la struttura del passo doveva essere diversa; nelle I. III, 15, 1 è evidentemente interpolata la frase '*vel qua alia lingua*'. Si noti infine che i passi che contemplano altre lingue che la latina e la greca riferiscono sempre esempi diversi, Teofilo III, 15, 1 cita quelle dei Sirii e degli Egizii.

forma, per cui si esigeva realmente: presenza delle parti, unitas actus e solennità orale, come al tempo di Sabino.

Queste essendo le condizioni della stip. al tempo di Ulpiano, si comprende che la funzione della cautio ed il suo valore risultano ora determinati con grande fermezza, nel senso che essa poteva essere adoperata solo per provare la solennità eseguita; e se questa non aveva avuto luogo quella era inane, cioè valeva niente.

13. La riprova di queste risultanze, che si desumono dall' esame minuto di un sol passo dei Digesti in confronto al testo di Gaio, riesce ora agevole. Ed invero tutte le opere dei giuristi dell' epoca dei Severi, da Papiniano a Modestino, le sole per altro che in questo argomento debbeno essere considerate, non contengono una qualsiasi minima traccia, che segni una deviazione nel ius stipulationis dalla linea che è stata messa in evidenza. La stip. vi è sempre descritta e riferita o direttamente rappresentata dalla realtà con quella terminologia e con tutti quei particolari che ci son noti. I verbi 'interrogare, spondere, respondere'; i sostantivi 'interrogatio, promissio, responsio' appariscono nel riferimento dei casi pratici fatto dai giuristi in tutte le forme e di continuo, talchè addurre esempi sarebbe cosa davvero superflua.[1]) Nè si dica che in tutte quelle opere domina solo l'antica tradizione, come una sopravvivenza del tutto formale, perchè effettivamente quanto noi possediamo della produzione giuridica romana, e certo più di $^3/_5$ di essa, deriva dall' epoca dei Severi, onde non è supponibile un tale stranissimo fenomeno, cioè che i giuristi nel riferire i casi dalla pratica, decisioni o motivi o controversie concernenti la stip., e nello scrivere i manuali

[1]) Basterà riportare un gruppo di esempi tratti da Ulpiano e da Paolo. Ulp. 22 ad ed. fr. 75 D. 45. 1: § 2 si quis ita stipulatus sit ... § 5 Qui vero a Titio ita stipulatur ... et qui ita stipulatur ... § 6 cum alioquin ita interrogentur ...; Paul. 72 ad ed. fr. 83 § 2 D. eod. ... tu unum daturum te spoponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum; Paul. 134 § 1 eod. una interrogatio et responsum unum. La frase ad interrogatum respondere ha valore tecnico per significare la congruenza della risposta: Gai III, 102; I. III, 15, 1; III, 19, 23; Interpret. ad Paul. S. V, 7, 2; Ulp. 1 § 2 seg. D. 45. 1.

per uso dei giovani, non avessero avuto occasione e sentito il bisogno di porre in rilievo, nella teoria e nelle applicazioni, che la scrittura della stip. faceva presumere iuris et de iure la eseguita solennità orale, e che perciò la cautio valesse quanto la stip. verbale. Ebbene, al contrario, se noi svolgiamo i libri dei Digesti o uno dei manuali del III secolo a noi pervenuti ricercandovi definizioni o determinazioni generali della stipulatio, ci sarà dato subito di osservare, che in quei libri, dovunque, la stip. è rappresentata unicamente come un contratto solenne, verbale e con le parole medesime che usava Sabino o Gaio o Pomponio.[1]) Le eccezioni sono sparutissime e verranno naturalmente esaminate più oltre. Ma il risultato generale della ricerca è impressionante. Paolo dofinisce: S. II, 3, 1 Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet: veluti 'spondes? spondeo' *cet.*; Modestino 2 Reg. spiega: fr. 52 § 2 D. 44. 7: Verbis cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio: ogni contratto dice Ulpiano l. 48 ad Sab. fr. 2 D. 46. 2: potest . . . transire in verborum obligationem; Paolo l. 28 ad Sab. dice, che il credito si effettua pure mediante la stipulatio: fr. 2 § 5 D. 12. 1: verbis quoque credimus. Ma sopratutto poi due testi, uno di Ulpiano e l'altro di Paolo, hanno una forza invincibile.

Ulp. l. 48 ad Sab. fr. 8 § 3 D. 46. 4. Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est; acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.

Paul. l. 3 ad ed. fr. 38 D. 44. 7. Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae, obligamur.[2])

Dunque, non solo che la stipulazione è ritratta dalla realtà come un atto verbale che si compie mediante una

---

[1]) La definizione accolta nelle I. III, 15 pr. deriva da Gaio; di Pomponio v. fr. 5 § 1 D. 45, 1 [26 ad Sab.]: Stipulatio est verborum conceptio quibus is qui interrogatur daturum facturumque se quod interrogatus responderit.

[2]) La seconda parte del testo sarà riferita più oltre.

interrogatio e una congruens responsio; ma, più direttamente, si afferma pure che 'fit verbis', e posta in confronto con la scrittura si dice che la 'oratio' o come si esprimeva già Gaio[1]) 'ipsa pronuntiatio' è la generatrice dell' obbligazione. Paolo, il più teorico dei giureconsulti, enuncia il concetto con insistenza, formulandolo in tutti i toni: S. V, 7, 1: stipulationes . . . quadam verborum sollemnitate concipiuntur . . . quod per eas firmitas obligationum constringitur: l. 3 quaest. fr. 126 § 2 D. 45. 5: [*plerumque*][2]) enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt.

É evidente che siffatti enunciati non possono considerarsi tutti come figurazioni teoriche, fermate solo dalla forza della tradizione: chè essi scaturiscono, invece, dal diritto vivo, dalla essenza più intima ed invariata dell' istituto, dalla realtà che i giureconsulti stessi vivono ogni giorno, e perciò si riflettono in tutte le applicazioni, nei motivi espressi, nelle decisioni, nei dibattiti di punti controversi e nei più minuti particolari. Ma v'è di più; la dottrina, nel senso ormai noto, è così salda, in questo periodo, che essa nè declina nè varia menomamente con l'arrestarsi dell' attività dei grandi giureconsulti, ma procede immutata sino a Diocleziano, e sempre dotata di tal vigore da poter comprimere la tenace resistenza delle consuetudini contrarie provinciali, che riconoscevano nella parola scritta la sorgente di tutti gli effetti giuridici.

14. I rescritti rappresentano il diritto nella sua forma più viva, nella sua attuazione pratica. Essi sono più significativi dei responsi dei giuristi, specialmente da Caracalla a Diocleziano, perchè, essendo in questo periodo indirizzati per lo più ad abitanti delle provincie orientali dell' Impero, mostrano di continuo l'applicazione dei principii di diritto più elementari, posti in gran rilievo e sui quali i giuristi non avevano di solito occasione d'insistere; onde in essi si rispecchia limpido il conflitto, suscitato dall' unificazione del diritto nell' Impero, tra le consuetudini delle provincie orientali ed il diritto di Roma. I rescritti sono perciò do-

---

[1]) fr. 74 D. 45. 1 Gaii 8 ad ed. [2]) Triboniano.

cumenti di cognizione preziosi per lo stato del diritto del secolo terzo.

Or è rimarchevole che sino a Diocleziano si continua ad esigere con grande insistenza la 'solemnitas verborum' per l'efficacia obbligatoria di qualsiasi convenzione nuda, secondo il principio romano. Ciò si comprende a primo acchito, perchè in deffinitivo il conflitto con le provincie doveva mostrarsi più aspro e più serrato riguardo alle forme dei negozii, la cui inosservanza è un fatto appariscente ed ha effetti gravissimi, annullando il negozio qualunque esso sia nella sua radice. La revisione dei rescritti da questo nuovo punto di vista deve riuscire quindi fruttuosa, per scoprire dalla realtà la forma che secondo il diritto dell' Impero la stipulatio doveva assumere. Tra essi qualcuno deve essere esaminato fin da ora con maggiore attenzione.

c. 3 Cod. 4. 64. Iidem [Diocl. et Max.] AA. et CC. Leontio. Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

Il rescritto procede con precisione analitica. Rileva non solo la necessità della stip. ma pure la causa dell' obbligazione che consiste tutta nei verba; onde aggiunge, certo non senzam otivo, la determinazione, che sarebbe peraltro superflua, che l'azione nasce 'ex verborum obligatione'. Dopo un secolo, io dico, dal tempo di Settimio Severo, se il documento avesse potuto, comunque, rappresentare la solennità verbale, la diffusione della scrittura nell' Oriente avrebbe dovuto sconsigliare Diocleziano dallo esprimersi con siffatta precisione, quando era sufficiente indicare la necessità della stipulatio.

Lo stesso carattere ha la

c. 1 Cod. 8. 43. Imp. Antoninus A. Apronio. Iam tibi rescripsi posse apud iudicem quaeri, an solemnibus verbis, tutoris auctoritate interveniente, soror tua acceptilatione debitorem suum liberaverit. Quare si in repetenda pecunia quam [*exolvit*] diversa pars persevera-

verit [*uteris defensionibus competentibus*]. PP. III Id Febr. duobus Aspris conss.

Le interpolazioni non vengono in considerazione in questo luogo; certo nel rescritto era 'accepto tulit' invece di '*exolvit*'; ed una frase equivalente a 'iure munitus es' invece dell' indeterminato „*competenti difese*". Ma quel che deve notarsi è la risposta rigorosamente determinata, che esige si dimostri in giudizio se l'accettilazione fu compiuta validamente, in particolare se eseguita 'sollemnibus verbis'. E la funzione della scrittura inter praesentes? Fra acceptilatio e stipulatio non vi è sicuramente differenza alcuna, come vedremo subito.

E così si esprime Gordiano per l'accept. e per la stip.: c. 6 Cod. 8. 42: . . . nec de superfluo eos, quos verbis obligavit per acceptilationem liberavit; c. 3 Cod. 8. 41: . . . . cum per verborum obligationem [*voluntate novationis*] interposita debito liberatus sis; e poi precipuamente Diocleziano nei seguenti rescritti:

c. 7 Cod. 3. 38: . . . evictionis promissionem sollemnitate verborum [*vel pacto promissam*] probantes; dunque si deve provare la promessa di evizione fatta mediante la 'sollemnitas verborum'. L'inciso '*vel pacto promissam*' vede ognuno che è d'origine giustinianea; per cui alla stipulatio fu equiparata la promessa per patto, evidentemente per scrittura, come da questa dissertazione deve emergere.

c. 12 Cod. 4. 2: Si in rem communem cum Ione mutuam sumpsisti pecuniam [*nec re*][1]) nec sollemnitate verborum vos obligastis in solidum *cet.*

c. 7 Cod. 4. 64: . . . si placitis citra stipulationis sollemnitate non exhibeant fidem *cet.*

Questi rescritti[2]) mostrano che gl' Imperatori, in ispecie Diocleziano, adoprando quelle locuzioni così deter-

---

[1]) *nec re* Triboniano.

[2]) Le locuzioni citra vinculum stipulationis c. 3 C. 4. 32 [a. 203], citra stipulationem [Papiniano] F. V. 263, fr. 7 D. 18. 7 non vengono qui in considerazione, perchè la forma resta indeterminata. E se nel responso cit. di Papiniano V. F. 263, la stipulatio si oppone alla

minate vogliono evitare qualsiasi ragione di dubbio; e perciò ribattono sempre che la stip. come l'accept. si devono dimostrare eseguite nella forma solenne verbale, che è loro propria, per poter produrre o una efficace obbligazione munita di azione o la liberazione dal vincolo obbligatorio costituito verbis. Ed ora si scorge perchè gl' Imperatori insistono con forza su questo motivo della forma, per contrastare precisamente gli usi contrari delle provincie, tutti incardinati sulla tradizione locale, che attribuiva alla scrittura qualsiasi efficacia giuridica. È rimarchevole pertanto che in proporzione le frasi 'sollemnia verba', sollemnitas stipulationis' 'verborum' si riscontrano assai più di frequente nel Codice che nei Digesti. Il motivo è palese, e sarebbe errore riferire qui al gusto bizantino l'uso di determinativi solenni applicati a tutte le forme di negozi ed alla stipulatio; chè essi sono invece genuini e rivelano una condizione di cose assai diversa da quella vissuta dai giureconsulti classici, per cui si rendeva necessario di spiegare e imporre con insistenza che la stipulatio dovesse consistere in una solennità orale.

15. L'opinione, che possiamo dire tradizionale, non sarà disposta, io credo, a cedere le sue posizioni soltanto per i rilievi fatti a proposito dei rescritti ora citati. Come osservai avanti le sue posizioni difatti sono formidabili. Essa dice: la efficacia dell' obbligazione nella stipulatio deriva sempre dai verba e non mai dalla cautio, dal documento redatto dalle parti: onde se a questo fu attribuito un valore tutto particolare, per cui si presume, dalla attestazione in esso contenuta, eseguita la solennità verbale,

---

epistula, si potrebbe dire giustamento che la lettera 'inter absentes' non può surrogare la stipulatio. Il fr. 7 D. 18, 7 cit. è stato ritenuto interpolato da Beseler, Beiträge III p. 91, non giustamente, dacchè la frase 'citra stipulationem' domina invece la svolgimento del testo. Papiniano dice: con l' actio venditi si può solo perseguire un interesse effettivo, si può perciò chiedere il rifacimento di un danno di qualsiasi natura, prodotto dall' inadepimento di un patto; al di là di questo limite la convenzione si considera come un nudo patto, onde è necessaria la stipulatio per renderlo efficace, perchè solo l' obbligazione formale non presuppone un interesse; confr. I. III, 19, 19. Essendo questo il contenuto del passo la interpolazione pretesa dal Beseler è impossibile.

per ciò stesso non si venne a mutare per nulla lo ius stipulationis; e quindi la detta dottrina potrebbe conchiudere che tutte quelle locuzioni usate dagli Imperatori non contraddicano il fatto accertato da altre testimonianze delle fonti, cioè che la scrittura inter praesentes fu per finzione di diritto considerata come stipulatio, ovvero che l'attestazione scritta fa presumere iuris et de iure eseguita la forma verbale.

A siffatta osservazione, che apparisce a prima vista legittima, io rispondo con altra serie di passi, nei quali la stipulatio ossia la verborum obligatio è posta in confronto giusto con la scrittura, espressamente; con la deduzione solita, cioè che l'atto obbligatorio, o liberatorio, è dichiarato inesistente perchè manca la stipulatio, quantunque ci sia il consenso consacrato nella scrittura.

E qui trova luogo, avanti tutto, il confronto tra l'apocha e l'acceptilatio, cui annetto una particolare importanza, perchè elementi sicuri di cognizione possiamo trarre precisamente da Ulpiano e poi da rescritti del III secolo.

fr. 19 § 1 D. 46. 4 Ulp. Regularum. Inter acceptilationem et apocham hoc interest, quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit, apocha non alias, quam si pecunia soluta sit.

Ciò significa, che l'accept. è atto formale in senso assoluto, e l'apocha, invece attesta solo l'avvenuto pagamento; opera cioè come il chirografo di mutuo. La scrittura pertanto non estingue l'obbligazione, ma è idonea solo per la prova: l'accept. invece la estingue in forza dei verba.

E da questo punto fermo si giunge a determinare la forma della stipulatio; perchè stip. e accept. sono atti formali perfettamente correlativi. La accept. si compie con determinate parole solenni, in senso contrario alle parole solenni con cui l'obbligazione fu costituita. Acceptilatio e stipulatio sono dunque equivalenti, appartengono alla classe medesima; onde se la scrittura = apocha non può mai equipararsi negli effetti alla acceptilatio; nemmeno la cautio = instrumentum può mai surrogare la stipulatio verbale.

Questo ragionamento si può tradurre per maggiore evidenza in una formula logica come segue: a (stip.) b (accept.) c (cautio) stanno fra loro nel rapporto[1]):

$$a = b - b \frown c) - a \supset c.$$

e ciò significa, che se a e b appartengono alla medesima classe, sono cioè eguali nell' efficacia giuridica formale, c non essendo uguale a b, non sarà nemmeno uguale ad a. Questa relazione è assoluta. Onde se varii testi ci hanno mostrato che l'acceptilatio è atto formale, che si deve compiere mediante una solennità orale[2]) che non può essere surrogata dalla scrittura, la posizione medesima si deve riscontrare rispetto alla stipulatio. La prova la richiederemo particolarmente ai rescritti dioclezianei:

c. 6 Cod. Iidem [Dioclet. et Max.] AA. et CC. Nicandro. Si ex pretio debitae quantitatis facta novatione per stipulationem usuras licitas contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuae datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis non defecerat substantia, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est et eius praestari fenus convenit, simulatis pro infectis habitis huiusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione. S. XV k. Dec. AA. conss.

La prima parte del rescritto non interessa, se non per il confronto con la seconda, che contiene una nuova specie. Or nella prima l'obbligazione delle usurae è valida per l'efficacia della stipulatio; nella seconda no, perchè il documento non ha forza novatoria, e non è idoneo poi, come nuda convenzione, a stabilire l'obbligazione delle usurae. E perciò Diocleziano pone a raffronto precisamente la stipulatio e l'instrumentum, negando a quest' ultimo qualsiasi efficacia, per se stesso.[3]) Se ne deduce che Diocleziano non conosce che la scrittura possa in determinate circostanze rappresentare la stipulatio, quantunque nel caso in

---

[1]) I segni sono quelli in uso per la logica matematica.

[2]) Cfr. fr. 8 § 4 D. 46, 3; c. 6 Cod. 8. 42; c. 1 Cod. 8, 43 riportati avanti. [3]) Cfr. Rabel, ZSS. v. 28 p. 342.

esame il 'conscriptum' possa, come di regola riferirsi ad un instrumentum di mutuo fatto inter praesentes.[1])

Il valore della scrittura è negato rispetto alla costituzione di obbligazioni o per novare quella preesistente con una certa frequenza nel Codice, in alcuni rescritti, o sfuggiti all' attenzione dei Compilatori o ritenuti non particolarmente in contrasto al nuovo ordinamento adottato nella Compilazione. Così nella

c. 6 Cod. 4, 31 Idem (Alex.)	Alex.:
A. Polydeuci: [*Neque*] scriptura, qua cautum est, accepta quae negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit; [et compensationis aequitatem iure postules. *cet.*]	[Ea] scriptura qua cautum est, accepta, quae negas tradita obligare te contra fidem veritatis [non] potuit.

La constituzione presenta due rescritti insieme ferruminati, come già appare dalla c. 1 Cod. 5, 21 geminata. Ma di ciò non mi occupo per ora. Qui noto, che Alessandro nega l'obbligazione di mutuo fittizio o d'altro simile contratto in cui il debitore avesse dichiarato, per iscritto, di obbligarsi a restituire cose non ricevute; mentre secondo la pratica provinciale, che considerava la scrittura come l'elemento obbligatorio, l'esistenza o meno della valuta in quei contratti non importava.[2]) Per il diritto imperiale, anche qui, l'inefficacia della scrittura è sicura ed assoluta, senza che peraltro rilevi che la medesima sia redatta inter praesentes o dal solo debitore in assenza del contraente.

In altro rescritto, pure interpolato, emerge similmente il contrasto tra le consuetudini provinciali ed il diritto romano.

c. 1 Cod. 5, 15: Impp. Severus et Antoninus AA. Dionysiae. Dotem [*numeratio*] non scriptura dotalis instrumenti facit: et ideo non ignoras, ita demum te ad petitionem

---

[1]) Perciò la decisione di Diocleziano si agguaglia per questo rispetto a quella di Africano nella l. 34 pr. D. 17, 1, che nega la trasformazione in mutuo di un rapporto esistente, mediante una semplice lettera. L' elemento della presenza delle parti è quindi indifferente.

[2]) Cfr. Rabel ZSS. cit. v. 28 p. 311 seg. Mitteis, Grundz. XVII, n. 6, 7.

dotis admitti posse, si dotem a te re ipsa datam probatura es. Data XIII kal. Aug. Chilone et Libone conss. [a. 204].

Dionisia poteva essere una provinciale sposata ad un civis romanus. La dote fu costituita mediante istrumento, e la parte avversa opponeva probabilmente all' azione dotale che la costituzione di dote era stata fittizia, conforme ad un uso del mondo greco[1]); e perciò gli Impp. decidono che Dionisia deve provare la reale esistenza della dote. La controversia si riduceva in fondo alla valutazione della scrittura, alla quale Dionisia attribuiva appunto l'efficacia costitutiva della dote, come alla stipulatio alla mancipatio ed alla traditio.[2])

Ma sopratutto interessante è il seguente rescritto di Diocleziano e Massimiano:

c. 14 Cod. 4, 2 Iidem AA. et CC. Hadriano. Mutuae pecuniae, quam aliis dedit creditor citra sollemnitatem verborum subscribentem instrumento non habet obligatum. Sine die. AA. conss.

Qui incontriamo un documento di mutuo sottoscritto da un terzo che nulla aveva ricevuto. L'intervento di questi nell' operazione di credito poteva avere per motivo un rapporto esistente col mutuatario, per effettuare perciò una delegazione di debito, ovvero la causa di fideiussione come precisamente nel *Δάνειον* di Nicareta.[3]) Il rescritto nega invece la esistenza di qualsiasi obbligazione del sottoscrittore del documento, ricordando che solo mediante la 'verborum sollemnitatem' si sarebbe potuto addossare al terzo l'obbligazione di mutuo. Onde, se guardiamo la decisione imperiale dal punto di vista del diritto classico, che vi è con fermezza applicato, la interpretazione di Cuiacio appare impeccabile: *subscriptio illa habetur pro nudo pacto, quod non parit obligationem.*[4]) Ma se, invece, confrontiamo il rescritto col diritto del Codice, che ammette indubbiamente l'equivalenza della scrittura alla stipulatio, allora l'inter-

[1]) Cfr. Rabel ZSS. 28 p. 332 ed ivi citati. Cod. IX, 49, 9.

[2]) Le quali forme dovevano essere rilevate nel rescritto al posto della numeratio; cfr. Riccobono ZSS. 34, p. 176.

[3]) Cfr. avanti p. 234. [4]) Cuiacio ad h. l. v. IX p. 318.

pretazione giusta, conciliativa, è quella della Glossa, che in questo luogo suppose la subscriptio apposta dal terzo nella qualità di *testis* e non di debitore. La Glossa così tolse alla legge qualsiasi importanza; sapientemente, perchè nella Compilazione di Giustiniano, in realtà, l'obbligazione letterale domina sulla forma solenne romana.

16. Questi pochi esempi sono per ora sufficienti per delineare in brevi tratti e sicuramente lo stato del diritto imperiale, verso la fine del regno di Diocleziano, in ordine al rapporto tra la scrittura e la stipulatio, e che si disegna nei termini segnenti.

a) Nel sistema romano la stipulatio era l'unico mezzo di costituire un vincolo obbligatorio formale, e serviva perciò a tutti gli scopi del commercio, quali in ispecie la delegazione, la novazione, la fideiussione etc.; la scrittura non aveva tale efficacia, e si adoperava, come sempre, solo ai fini della prova in giudizio del contratto formale.

b) La stipulatio si doveva eseguire con una solenne interrogatio da parte del futuro creditore ed una congrua risposta del futuro debitore, e mai poteva essere surrogata, in un modo qualsiasi, dalla cautio stipulatoria.

c) Perciò gl'Imperatori e particolarmente Diocleziano, rivolgendosi di continuo agli abitanti delle provincie orientali, esigono determinatamente la 'verborum sollemnitas' e svalorano totalmente la scrittura, la quale nelle consuetudini locali, come forma di contratto letterale, adempiva a tutte le funzioni della stipulatio romana.

d) Essendo per il diritto romano indifferente che la redazione del documento fosse fatta inter praesentes o da una sola parte, in assenza dell' altra, così quest' elemento mai è posto in rilievo nei rescritti che dichiarano la scrittura priva per sè di qualsiasi efficacia.

Da questo schizzo si vede che il grande conflitto, suscitato dalla c. Antonina del 212 tra il diritto romano e le consuetudini elleniche nelle provincie, raggiunse la massima asprezza precisamente sul terreno delle forme dei negozi giuridici. Come abbiam visto, con l'esame dei varii rescritti, le consuetudini locali, che riconoscevano la scrittura come

elemento essenziale dei negozi, nelle più varie direzioni, erano bensì di continuo represse, ma non furono divelte: esse continuarono invece senza nulla mutare delle loro forme native; le clausole di stile aggiunte ai documenti, che volevano attestare la eseguita stipulazione o la tradizione del possesso, sul modello degli instrumenta stipulationis e mancipationis della pratica romana, non potevano alterare quel carattere tradizionale proprio ai documenti nelle provincie ellenizzate; e come vedremo nel seguito, in questa lotta di un secolo, che Diocleziano sostenne poi con estremo vigore, alfine la sconfitta toccò alla teoria romana.

In secondo luogo, poi, resta dimostrato dall' esame finora fatto, che l'espediente di sottintendere avvenuuta la redazione del documento inter praesentes, e perciò valevole come attestazione della stipulatio, o fatta nell' assenza dell' altra parte, cui ricorre la dottrina tradizionale, per spiegare le decisioni divergenti intorno a chirografi o istrumenti con efficacia formale da una parte, o scritture considerate semplicemente, come documenti di prova dall' altra parte è senza alcun valore precipuamente per il diritto classico; ed è inoltre dal punto di vista esegetico pessimo esempio, perchè l'interprete intromette, nell' un caso o nell' altro, di mero suo arbitrio, un elemento essenziale nel testo, che in deffinitivo costituisce il nerbo della soluzione.

Onde si può conchiudere che la teoria classica si mantenne illesa sino a Diocleziano sicuramente, esigendo per la validità della stipulatio la 'sollemnitas verborum', che in nessun modo poteva essere surrogata da un documento scritto di qualsiasi natura. E perciò le locuzioni che riscontriamo negli scritti dei romani giuristi, composti dopo il 200, e nei rescritti imperiali dell' epoca dei Severi sino a Diocleziano, ci rappresentano veramente, in maniera viva ed univoca, la stipulatio nella sua forma solenne orale, quale era nella realtà, necessaria per rivestire di efficacia giuridica qualsiasi convenzione.

17. Nel periodo bizantino da Costantino a Giustiniano, v' è una lunga sosta nella lotta su questo punto tra il diritto

romano e le consuetudini provinciali contrarie, di cui gli effetti ci sfuggono apparentemente, ma che nel secolo avanti la Compilazione di Giustiniano si manifesteranno aperti e decisi. Certò è che nessuna notizia abbiamo di riforme concernenti la stipulatio, prima dell' anno 472; ed invece da alcuni elementi possiamo dedurre che la medesima continuò ad essere considerata nel diritto imperiale come un atto solenne, secondo la struttura classica a noi nota. Tali elementi sono:

1. La legge di Teodosio e Valentiniano dell' anno 428, con la quale fu abolita la necessità della stipulatio nella promessa di dote, con la statuizione: qualiacumque sufficere verba censemus [*sive scripta fuerint sive non*] etiamsi stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.[1]) Questa legge presuppone il vigore della stipulatio romana quanto ai verba ed alla solennità orale, la cui inosservanza veniva profondamente a turbare nelle provincie orientali i rapporti patrimoniali tra coniugi, che erano stabiliti secondo la consuetudine per mezzo di atti scritti; privi perciò di efficacia giuridica. La parola 'stipulatio' nella legge ha il pieno significato classico = interrogatio et responsio, come appare evidente dalla Interpr. che dice esplicitamente: etiamsi desit stipulatio promittentis et verba iuridica. Siffatta intelligenza della riforma teodosiana è corroborata poi e posta fuori dubbio da tutto il movimento legislativo nel campo delle donazioni e del diritto dotale, che s'inizia con Costantino e mira, per quanto in modo disordinato, a sottrarre i più importanti negozi nell' ambito della famiglia alle forme romane.[2])

2. La terminologia che usa l'Imp. Leone nelle sue leggi rispecchia ancora intatto il vigore della stipulatio solenne[3]); così nella c. 33 § 3 Cod. 1, 3 forse dell' a. 469 nella quale in materia di fideiussione processuale Leone così si esprime: . . . reverendissimi orthodoxae fidei sacer-

---

[1]) c. 6 Cod. 5,11 = c. 4 C. Th. 3,13.

[2]) Riccobono, Mélanges Girard, II p. 457 segg.

[3]) La c. 9 Cod. 5, 14 del 488, sicuramente interpolata sarà esaminata nel paragrafo relativo al diritto dotale.

dotes seu certe oeconomi, aut ecclesiae defensores seu clerici, in causis civilibus suis sive ecclesiasticis nulla praebendi fideiussores molestentur iniuria, sed aut vicariis fideiussionibus contradantur, quas tamen stipulationum solemnis cautela vallaverit, aut cautioni et professioni propriae aut facultatum suarum obligationibus committantur.

La locuzione 'stipulationum solemnis cautela' si riferisce indubbiamente alla solenne interrogatio e responsio dei contraenti, ed equivale alla verborum sollemnitas così di frequente inculcata da Diocleziano.

3. La legge notissima dello stesso Leone che è del seguente tenore:

Const. 10 Cod. 8, 37 (38). Imp. Leo A. Erythrio pp. Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, [*legibus cognitae*][1]) suam habeant firmitatem. D. k. Ian. Constantinopoli Marciano cons. [a. 472].

Si è discusso sulla portata di questa legge[2]), la quale deve apparire sicuramente enimmatica ed un solenne anacronismo quando si ritenga iniziata e compiuta la trasformazione della stipulatio, rispetto alla solennità orale già dalla fine del secolo secondo. Il significato della medesima si rende perspicuo invece, ora, essendo escluso, come risulta dalla esposizione che precede, che fosse stata già riconosciuta nel diritto dell' Impero una qualsiasi attenuazione della stipulatio verbale, tanto meno poi che fosse stata assorbita dal documento fin dall' epoca di Settimio Severo. La legge di Leone, pertanto, non solo attesta per il diritto vigente il requisito della solennità classica, ma, abolendo solo le parole solenni, viene a confermare la necessità che le parti esprimano il loro consenso in una forma libera bensì, ma orale e di presenza. Questa interpretazione è avvalorata dagli stessi compilatori delle Istituzioni e da Teofilo, che allacciarono la legge di Leone immediatamente a quel tratto del testo di Gaio in cui era descritta la forma orale, con indicazione delle parole solenni richieste per eseguire

[1]) La frase 'legibus cognita' la ritengo interpolata.

[2]) Cfr. Windscheid, Pand. § 312 n. 2 ed ivi citati.

la stipulatio. I Commissarii perciò ignoravano su questo punto qualsiasi sviluppo intermedio della stipulatio, e scrivono:

> I. III, 15. 1 'sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.

È vero peraltro che nella Compilazione giustinianea le ulteriori riforme della stipulatio, di cui diremo nel capitolo che segue, conferirono alla legge di Leone un significato nuovo e più generale, cioè quello che il consenso può essere espresso comunque, anche per scrittura e non necessariamente redatta alla presenza delle parti.

18. Nel chiudere l'esame della forma della stipulatio fino a Giustiniano possiamo pertanto costatare che essa non subì alcuna alterazione fino alla legge di Leone dell' a. 472. La stipulatio si doveva compiere oralmente, e con parole solenni, nella forma di un' interrogazione e di una congrua risposta. L'uso contrario delle provincie ellenizzate, per cui essa si riteneva validamente eseguita mediante scrittura con la clausola stipulatoria, fu vigorosamente contrastato dagli Imperatori prima del periodo bizantino. Nè rileva che tutte le imposizioni nel risultato deffinitivo si dimostrarono vane, perchè in questo luogo importa solo accertare lo stato del diritto dell' Impero, che in questa materia non si distaccò di una linea da quello che si trovava esposto nelle opere dei giureconsulti romani. Così si spiega che la tradizione giuridica della stipulatio rispetto alla forma, alla terminologia, alle conseguenze di diritto, si riscontra intatta, nelle opere degli ultimi giuristi, nei rescritti imperiali fino a Diocleziano e nelle leggi fino a Leone. Si spiega inoltre che il diritto della stipulatio classica si rinviene pure posto in grande evidenza anche nei Digesti, dove l'organica conformazione dell' Istituto emerge ancòra sufficientemente; perchè i Compilatori non avrebbero potuto mutare l'uno e sformare l'altra senza offendere, o meglio senza disfare completamente la struttura dei testi

classici. E la teoria della stip. quale appare dai Digesti influì sulla dottrina di ogni tempo. Nelle fonti greche derivate dalla Compilazione giustinianea fino ad Armenopulo[1]) la stip. è rappresentata prevalentemente come un contratto solenne verbale. Nell' Occidente poi la tradizione classica si mantiene così viva nella pratica e nella dottrina[2]), e la sua continuità è così caratteristica che in Italia e in Gallia la stip. si rappresenta eseguita con interrogazione solenne e una congrua risposta fin nei più tardi documenti dell' alto Medioevo.[3])

Irnerio descrive la verborum obligatio con tutti i requisiti come ora li conosciamo da Gaio, ed i medesimi si ritrovano condensati con la stessa compattezza nel Brachilogus III, 9, dove solo la c. di Leone interrompe la linea classica. Ma sarebbe errore attribuire la continuità di siffatta tradizione all' influenza di opere pregiustinianee, in particolare delle istituzioni gaiane, perchè in realtà, come ho dimostrato in questo capitolo, la forma e l'essenza della stipulatio classica appare tutta ed in grande rilievo nei Digesti, per quanto la mano dei Compilatori abbia con arte e con molta accortezza tentato di smorzarne le tinte più vive.

Capitolo III.

Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustinianeo.

19. Contro la tradizione così cospicua, che rappresenta la stipulatio con una compattezza direi monolitica, dall' epoca più remota fino a Leone ed a Giustiniano, sta, precipuamente nel Corpus iuris, un esiguo numero di testi nei quali teoricamente, ed anche in singole applicazioni, si enuncia la massima che la cautio, od in generale la scrip-

[1]) Ἐξάβιβλ. Append. III, 29. Heimbach.

[2]) Naturalmente è superfluo citare a questo proposito l'Epitome di Gaio II, 9, 3 e i fr. di Autun II, 70.

[3]) Cfr. Brandileone, Atti R. Acc. Torino v. 42 p. 789 e segg.; Ferrari Atti R. Ist. Veneto v. 69 II p. 789 e.; segg.; cfr. Papiri Ravennati [Marini] n. 92 del sec. VI o VII: stipulanti tibi in verbis sollemnibus spopondi; Tabularium Ecclesiae S. Mariae in via Lata (Hartmann) n. 1 a. 921; sub stipulationem et sponsionem solemniter interposita.

tura fatta inter praesentes, fa presumere in modo assoluto eseguita la stipulazione orale, della quale perciò non si può richiedere la prova all' attore. La nostra attenzione deve ora rivolgersi appunto a quel gruppo di passi; ed è consentaneo che l'indagine prenda le mosse da una c. di Giustiniano in cui la nuova dottrina è dichiarata espressamente, con larghe considerazioni circa i motivi che la determinarono, come usa l'imperatore bizantino. La c. è del seguente tenore:

c. 14 Cod. VIII. 37 (38) Idem [Imp. Iustinianus] A. Iohanni pp. Optimam quaestionem et frequenter in iudiciis vessatam satis humanum est saltem in praesenti dirimere, ne diutius nostram rem publicam molestare concedatur. in multis etenim contractibus et maxime in feneraticiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari. sed quidam indevotione tenti ex hoc materiam altercationis acceperunt: et alii quidem non esse servum adhibitum contendebant. alii vero non eius esse servum, ad quem pertinere scriptura protestabatur: et si non per servum, sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum, et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes.

§ 1. Cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi et praesentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsos vel mulieres, quas naturalis pudor non omnibus sese manifestare concedit, sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas et, sive adscriptus fuerit servus et ad quandam personam dicitur pertinere credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem et eam esse scripto domino adquisitam et non dubitari, si servus ipse praesto fuerit vel eius domini fuit is, pro quo scriptus est fecisse stipulationem.

§ 2. Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur, et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis prolationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique

idoneos et omni exceptione maiores ostenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas. D. k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. [a. 531].

Giustiniano c'informa che questioni assai frequenti si agitavano nella pratica giudiziaria, provocate dalle cauzioni stipulatorie, fatte da servi o da liberi, rispetto alle quali i debitori in giudizio esigevano in particolare dall' attore la prova che l'atto fosse stato compiuto in presenza d'entrambi i contraenti: sed inter praesentes celebratam esse rem fuerit scriptum et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes. Qui troviamo dunque attestato che la stip. asserita mediante il documento non esimeva lo stipulante dalla prova dell' atto eseguito inter praesentes. La pronuncia di parole solenni non si richiedeva più, in seguito alla legge di Leone, ma lo scambio del consenso, comunque manifestato, doveva aver luogo di presenza; perchè gli effetti giuridici della stip., come sappiamo, derivavano tutti in realtà dalla pronuncia delle parole, con cui le parti stringevano l'accordo. Se ne deduce, pertanto, che sino a questo momento, cioè al 1° Novembre 531, la stipulatio verbis era sempre in vigore, in diritto, in una forma attenuata bensì, ma di rigore ed affatto insurrogabile. Ad ovviare a siffatti litigi Giustiniano trova il rimedio più semplice che si possa imaginare; e stabilisce: satis utile est in contractibus . . . . . praesentes esse personas adscribi . . . . . tales scripturas omnifariam esse credendas . . . . . credi omnimodo et servum adesse et fecisse stipulationem; cioè conferisce forza assoluta al documento che dichiara eseguita la stipulazione in presenza delle parti, anche se in realtà la presenza non ebbe luogo. Così venne effettivamente abolito il requisito della presenza nella stipulazione, e sostituito semplicemente dall' attestazione scritta. Ed all' efficacia di una tale scrittura Giustiniano pone un solo limite, cioè la condizione che le parti contraenti si debbano trovare effettivamente quel giorno nella medesima città: si in eadem civitate in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum

est. Così la possibilità della presenza sostituisce il fatto materiale. Qui abbiamo, dunque, un atto legislativo di grande importanza, che venne in realtà ad abolire i due requisiti essenziali della stipulazione, vale a dire la presenza delle parti e la manifestazione orale del consenso, sostituendovi semplicemente il documento. E noi sappiamo già che, coordinato a questa riforma certamente, anche il requisito dell' unitas actus fu dal legislatore inteso nel senso più largo che l'atto potesse compiersi con un intervallo discreto, durante la giornata, potendo le parti nel tempo intermedio accudire naturalmente ad altre faccende, che non fossero contrarie al contratto.[1]) La quale limitazione si può determinare solo ora con una certa ragionevolezza, intendendola nel senso unico possibile, che le parti non dovessero iniziata la stipulazione compiere atti contrarii alla medesima, come per esempio: fatta una domanda di compra, di servizî, non si può richiedere ad altri la cosa da comprare od i servigi; perchè in tal caso la prima domanda apparisce malferma e non fatta con la seria volontà di obbligarsi. Così la trasformazione della stipulatio classica fu compiuta alfine da Giustiniano durante la codificazione. L'atto orale fu, quanto alla sostanza, surrogato dal documento, da scritture, le quali fanno fede in modo assoluto: omnifariam credendas . . . . .credi omnimodo . . . . . esse credendum . . . . . credendas esse.[2]) La soluzione del problema, che si trascinava da secoli nella parte orientale dell' Impero, è perfettamente conforme allo spirito di Giustiniano ed al metodo seguito persistentemente dal legislatore. Giustiniano di regola non abolisce gl' istituti romani, ma dove occorre, assai spesso, ne mantiene la struttura esteriore modificandone per altro l'essenza, l'anima. Così nel nostro caso, non abolisce la stipulatio, collocando al suo posto il documento scritto, quale era in realtà nella pratica orientale e nelle consuetudini native delle provincie, ma invece mantiene la stipulatio verbis, la quale però si presume iuris et de iure come eseguita quando ci sia la scrittura che l'attesta. Nella sostanza, ora, stipulatio

[1]) confr. avanti p. 254. [2]) Giustiniano ricorre spesso a tale espediente: cfr. 22 C. XI, 47, *esse credendum*; 14 § 1 C. IV, 30.

è = cautio, instrumentum; e nella realtà gli effetti giuridici derivano dalle dichiarazioni scritte e non dalle parole pronunziate; onde la stipulatio verbis generatrice degli effetti giuridici si palesa come un mero espediente legislativo. Esso peraltro era questa volta particolarmente di vantaggio per la codificazione, in quanto permetteva la recezione quasi integra di tutti i passi dei giureconsulti concernenti la materia. La crisi, dunque, della stipulatio s'iniziò nell' Oriente subito con la c. Antonina medesima che unificò il diritto nell' Impero, perchè, se nelle provincie ellenizzate essa fu ridotta ad una clausola di stile appiccicata a qualsiasi documento, il trionfo della scrittura sulla forma romana era inevitabile. Sino a Diocleziano solo la coazione più spietata, in nome del diritto dell' Impero, potè inculcare l'osservanza della forma romana nelle provincie; ma quando l'ultimo baluardo della potenza di Roma si abbattè, la crisi divenne più profonda e più vasta di quanto si possa giudicare dalla legge di Leone del 472, e dovette essere alfine pienamente risoluta dalla riforma di Giustiniano. La quale ora deve essere osservata nelle sue varie applicazioni.

20. Chiarito il punto fondamentale siamo in grado di affrontare ora l'esame della testimonianza più remota che si ha nel Corpus iuris, da cui si desume che l'attenuazione della stip. romana sarebbe avvenuta durante l'attività dei giureconsulti classici e precisamente mediante rescritti. Uno di essi, che rimonta all' Aprile dell' a. 200, è così riportato nel Codice:

c. 1 Cod. VIII. 37 (38) Impp. Severus et Antoninus A. A. Secundo. Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum [*non*] sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta est, [*credendum est*] praecedente stipulatione vocem spondentis

Severus et Antoninus.

Licet epistolae, quam libello inseruisti, additum sit, stipulatum esse eum, cui cavebatur, tamen si res inter praesentes gesta [non] est, cum praecedentem stipulationem vox spondentis secuta [non] sit, [intellegis, sola

secutam. Accepta XVII K. Mai. Severo III et Victorino conss. [a. 200.]

scriptura obligationem contractam non esse].

La c. porta l'impronta marcata della legge di Giustiniano sopra discussa, di cui la forma e la sostanza vi è trasfusa tutta mediante il verbo '*credendum est*'. Il rescritto infatti enuncia perfettamente quel che Giustiniano stabilì nell' a. 531. Su ciò non occorre fermarsi più a lungo. Ma a chiarire meglio la cosa voglio aggiungere due ordini di confronti.

In primo luogo è accertato che già molto avanti la c. Antonina del 212 la cautio stipulatoria aveva assunto anche in Italia una grande importanza nei giudizi; e ciò non per l'influsso sulla pratica romana del chirografo e della singrafe dei diritti delle provincie, ma sicuramente per l'esempio che veniva dai giudizi tra provinciali, che erano sotto la giurisdizione del praetor peregrinus. Questi provinciali erano facilmente indotti a credere, dal loro punto di vista, che la stip. senza il documento, ovvero l'attestazione della stip. priva della clausola consueta: stipulatus est . . . . . promisit, non fosse giuridicamente efficace. Infatti, gli stessi dubbi sono manifestati di continuo, più tardi, dai provinciali rispetto alla clausola della vacuae possessionis traditio che si soleva inserire nei documenti relativi al trasferimento del dominio.[1]) Così per la stipulatio. Ed invero, in un rescritto di A. Pio si legge:

> 1 Cod. IV, 32 Imp. Antoninus Pius A. Evocato. Si interrogatione praecedente promissio usurarum [*recte*] facta probetur, licet instrumento conscripta non sit, tamen optimo iure debentur. Sine die et consule.

L'avverbio *recte* è sicuramente dei compilatori[2]), inserito anche in questo luogo per richiamare l'attenzione intorno alle nuove forme della stipulatio, di cui l'interprete deve tener conto. Inoltre il verbo '*debentur*' è privo di soggetto. Ma tutto ciò importa poco, perchè io credo che il rescritto dovette essere soltanto concentrato dai Com-

---

[1]) Riccobono, Mélang. Girard II p. 236 segg.

[2]) Cfr. ZSS. v. 34 p. 224 segg.

pilatori. Invece è notevole che il rescritto ha la stessa terminologia dell' altro di S. Severo, che abbiamo in esame, e contiene precisamente il caso inverso. Antonino Pio dice che l'omissione del documento non rileva per la validità della verborum obligatio, che consiste in una interrogatio ed una responsio dei contraenti; e S. Severo doveva riaffermare che la lettera con la clausola stipulatoria non era idonea a costituire l'obbligazione senza la interrogatio e la responsio. I due rescritti, pertanto, applicavano lo stesso principio, l'uno positivamente l'altro in forma negativa, in confronto alla scrittura. Le locuzioni 'praecedens interrogatio, stipulatio'[1]) e 'promissio, vox spondentis' sono rappresentative della solennità orale, e come tali messe sempre in evidenza dai giuristi dell' epoca dei Severi, come fu constatato nel capitolo che precede.

Il secondo ordine di confronti ha rapporto non la tecnica legislativa degli artefici del Codice. I quali ebbero cura di trasformare costantemente la prima c. di ogni titolo per raccordarla con le c. giustinianee poste alla fine del titolo medesimo. Riguardo ai Digesti è stato pure constatato tale metodo, in quanto è provato che molte definizioni o considerazioni che si riscontrano formulate nel primo fr. in varii titoli, hanno appunto carattere legislativo, nel senso più particolare che sono di nuova fattura ai fini della codificazione. Per il Codice è sufficiente richiamare alla memoria del lettore la c. 1 Cod. VIII. 53[2]), e quelle notissime 1 Cod. VIII. 54; 1 Cod. IV. 32; molte altre le vedremo nel corso di questo lavoro. Ma sopratutto perspicuo, per l'analogia che presenta con la c. in esame, è un altro rescritto di A. Pio, che concerne l'istituzione di eredi di schiavi senza la libertà.

---

[1]) Stipulatio = interrogatio si riscontra pure nel fr. 134 § 2 D. 45,1 che esaminerò più oltre; ma i due termini potevano essere scambiati correttamente; come già altra volta si riscontra, invece, interrogatio = stipulatio, così in Seneca, de benef. III 15: ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Su questo passo v. Salmasio, de usuris p. 135 che riferisce la frase: reum manu sua tenuit al possesso del chirografo. [2]) Cfr. Riccobono, Mélang. Girard II p. 430 segg.

1 Cod. VI. 27 Imp. Antoninus A. Aufidio. Cum servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura [*benigna interpretatione*] perinde habenda est ac si liberi et heredes instituti fuissetis. [*Quod in legato locum non habet.*]	Antoninus ea scriptura [non] perinde habenda est ac si liberi et heredes instituti fuissetis; [et ideo sine libertate heredis institutio in persona vestrum non consistit.]

Non voglio notare che il rescritto diretto ad Aufidio si trova poi costruito con i verbi al plurale, perchè le irregolarità delle iscrizioni sono abituali. Ma invece va rilevato:

a) Chi i Compilatori allargarono il rescritto con la contemplazione del legato, affatto estraneo al caso proposto; e difatti essi usano di frequente conferire ai rescritti la forma ed il contenuto di leggi generali, estendendone o limitandone la portata, secondo i casi.

b) Che rispetto alla decisione centrale del rescritto essa si trova in disaccordo aperto con Ulp. R. XXII, 7, 11—12, il quale scrive: sed si sine libertate sit institutus omnino non consistit institutio. La nullità era perciò assoluta; e nessuna attenuazione conosce Ulp. al principio che la istituzione di schiavi proprî deve essere fatta, espressamente, cum libertate. Inoltre lo stesso Giustiniano, nel titolo medesimo in due c. dell' a. 531[1]), si compiace di questa innovazione, e la esalta come umana ed ispirata al favor libertatis, ed accorda in ogni caso la libertà, per legge, al servo istituito erede sine libertate. Così nella c. 5 § 1 eod., che contiene la riforma, ritorna precisamente la locuzione medesima che ritroviamo nel rescritto: '*benignam interpretationem indulgemus*'; § 3 '*benigne*'. Onde, come è sicura in questo punto la innovazione giustinianea, così è sicura nella c. 1 la interpolazione che con essa combacia; perchè se nel periodo classico quella decisione più mite fu sostenuta da un giureconsulto, essa venne sicuramente respinta.[2])

[1]) c. 5, 6 eod.

[2]) I commissarii delle I. II, 14 pr. sanno riferire che Giustiniano

Era dunque conforme al metodo seguito dai compilatori del Codice di mettere in evidenza nella 1ª costituzione dei titoli le riforme ultime applicandole a casi concreti, o perlomeno accennandole con una frase monitoria es. recte, iure, legitime, iure perfecto, come ho constatato più volte.

E così nella c. 1 Cod. VIII. 37, che è qui obbietto dell' esame, il '*credendum est*' fu ricavato dalla legge di Giustiniano del 531, con la quale la grande riforma concernente la stipulatio fu compiuta. E tanto questa interpolazione come quella richiamata in confronto della c. 1 Cod. VI. 27, furono eseguite, perciò, dai revisori del Codex, perchè in entrambi i casi le c. giustinianee che servirono di modello portano la data del 531.

Ed infine la epistula ricordata nella nostra c. apparisce nella redazione genuina del rescritto nel suo carattere normale, cioè come mezzo di comunicazione inter absentes. Inverò è strano supporre che i contraenti avessero scelto giusto una forma di scrittura propria tra assenti per attestare un atto che richiede rigorosamente la presenza delle parti. Gli scrittori si diedero gran pena a ricercare altri

---

ebbe lo spunto da una opinione di Atilicino 'quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad M. Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert'. La quale notizia è particolarmente determinata ed è vera, desunta sicuramente dalle opere di Paolo citate. Ma perciò stesso è sicuro che la opinione di Atilicino non trovò seguito nella dottrina e nemmeno nei rescritti, altrimenti i Compilatori avrebbero fatto menzione dei precedenti imperiali, che essi ricordano di preferenza nelle costituzioni innovatrici. E del resto, anche a voler supporre che nel caso concreto sottoposto ad Antonino si tratasse di manumissi inter amicos, cioè di Latini Iuniani, appellati liberti dal testatore, la decisione non poteva essere diversa da quella ricostruita da me; infatti auche per questi è sicuro che non potevano essere istituiti eredi: Dosith. 6; Gai I 22segg. cfr. 24: ne quid directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt. Non resta dunque alcuna via per attribuire ad A. Pio la decisione che si legge ora nella c. in esame, e perciò la interpolazione è accertata per ogni verso. L'Imperatore, tutt' al più, se si trattava veramente di servi in possessione libertatis, voluntate domini avrebbe potuto far valere l'istituzione come fideicommissum, che era ammesso con grande larghezza, cfr. 76 pr. D. 36—1, Paul. II decret.

esempi storici o della letteratura giuridica per giustificare la cosa, e rinvennero i primi nella vita di Cesare e di Augusto[1]), gli altri in numero considerevole. Ma tali esempi non hanno alcun valore. Rispetto a Cesare ed Augusto la scrittura non è designata come epistula, la frase che adopera Plutarco[2]) è molto generica: *διὰ γραμμάτων*; e Svetonio[3]) dice: sermones . . . non nisi scriptos et e libello habebat. Nella letteratura giuridica la menzione di epistulae è sempre tecnica per significare una manifestazione di volontà tra assenti; così Papiniano, che potrebbe anche essere l'autore del rescritto in esame, contrappone in V. Fr. 263 la epistula alla stip. nella maniera più decisa; mentre l'esempio più rimarchevole addotto dagli scrittori, il fr. 57 D. 24. 1, svanisce ora che il testo si può dimostrare interpolato[4]), precisamente nel senso che vi fu soppressa la menzione della stip. di cui perciò le litterae assunsero la funzione.

21. Un altro testo cospicuo per il problema in esame è attribuito nei Digesti ad Ulpiano, e quindi come una nuova testimonianza, contemporanea a quella fornita dalla c. di S. Severo, deve essere subito esaminato in confronto alla medesima.

fr. 7 § 12 D. II. 14 Ulp.	Ulpianus.
l. IV ad ed. Quod fere novissima parte pactorum, ita solet inseri 'rogavit Titius, spopondit Maevius', haec verba [*non*] tantum pactionis loco accipiuntur, [*sed*] etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, [*nisi contrarium specialiter ad-*	Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri 'rogavit Titius, spopondit Maevius' haec verba tantum pactionis loco accipiuntur [non] etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu [non] nascitur actio.

[1]) Cfr. Liebe, Die Stipulation p. 23; Gneist, Formelle Vertr. p. 338; e già Cuiacio ad l. 10 Cod. 8. 37 vol. IX c. 1903.

[2]) Caesar 17.

[3]) Augustus 84; e già Tacito Ann. 4. 39 designa l'uso come straordinario: moris quippe tum erat quamquam praesentem scripto adire.

[4]) Cfr. per ora Mitteis, Privatr. I p. 294 n. 13.

probetur, quod non animo stipulantium hoc factum, sed tantum paciscentium].

Ulpiano applicava in questo luogo con grande naturalezza il diritto della stip. che esige la forma solenne, e, dichiarando la clausola stipulatoria per sè stessa inefficace a conferire alla scrittura il valore della stipulatio, concludeva che la convenzione scritta vale solo come patto nudo, idoneo a generare un' exceptio ma non già l'actio ex stipulatu. La decisione era così elementare da non richiedere illustrazione alcuna. Essa applicava il principio che l'atto inidoneo per difetto di forma a produrre il suo effetto giuridico, può tuttavia, secondo la effettiva volontà delle parti, produrre quell' effetto minore che è in grado di dare, presupposto cioè che esistano tutte le condizioni necessarie all' uopo. Varie decisioni che hanno riferimento alla solennità verbale si spiegano così con agevolezza, per quanto a prima vista sembrino contraddittorie. La stipulatio nulla per difetto di forma non può generare nessun effetto, nemmeno quello di una semplice obbligazione naturale, perchè se in fatto c'è una dichiarazione di volontà, questa nel sistema romano non può avere efficacia obbligatoria.[1]) L'acceptilatio nulla, invece, vale come pactum de non petendo, perchè questo non esige altro che il nudo consenso[2]); e parimenti la scrittura concordata come stipulatio, se non poteva valere nel diritto classico a costituire il vincolo obbligatorio formale, aveva tutti i requisiti per valere come patto nudo.

---

[1]) Cfr. 1 § 2 D. 45. 1 [Ulpian.].

[2]) 19 fr. D. 46. 4 [Ulpian.]: non liberatur . . sed exceptione . . . pacti conventi tueri se potest. E tuttavia questo punto poteva dar luogo a dubbi in alcuni casi discussi dai giuristi, come si desume dal fr. 8 pr. eod. dello stesso Ulpiano 48 ad Sab.: an . . . quaeritur. Il testo peraltro porta segni evidenti della mano dei compilatori. Cfr. inoltre, Paul. 27 § 9 D. II, 14, un'applicazione concreta è fatta da Iulian. 15 Dig. nel fr. 5 pr. D. 18, 5, dove è interpolata la chiusa: *sed ut evidentius appareat acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.* Il concetto era già espresso da Giuliano nella frase 'voluntas utriusque ostenditur', e quell'aggiunta lo intorbida. La correzione del Mo. è ingiustificata; Rotondi [BIDR. 24 p. 110] tende ad escludere l'interpolazione.

Accertata così la struttura originaria del passo di Ulpiano, l'interpolazione risulta pienamente provata per conseguenza. Ma la prova si corrobora col raffronto della c. 1 esaminata avanti. Ed invero è sorprendente che i due testi, come appariscono nei libri di Giustiniano, sono fra loro discordanti; il primo, cioè il rescritto, dice che il documento anche privo della clausola stipulatoria ha efficacia pari alla stipulatio, se fatto inter praesentes; l'altro, quello di Ulpiano, afferma che la clausola conferisce per sè stessa alla scrittura il valore della stipulatio. I presupposti, dunque, per l'efficacia della scrittura come stip. sono diversi. Sommandoli si ottiene il seguente risultato: che la carta-stipulatio ha piena efficacia:

1. se contiene la sola clausola;

2. se redatta inter praesentes, anche senza la clausola.

E dalle due preposizioni si desume la massima, che ogni scrittura che abbia un elemento qualsiasi, da cui apparisce la volontà delle parti di attribuire al documento per sè forza obbligatoria, assume la natura della stipulatio. Questa estrema conseguenza, che si trae dalla somma delle due decisioni giustinianee è, poi, espressamente dichiarata nella chiusa interpolata del passo di Ulpiano, dove in ultima analisi si dice che l'*animus stipulantium* in contrapposto all' *a. paciscentium* è quello che decide. Or io non credo che vi sia alcuno che possa ritenere tutto questo come un progresso della giurisprudenza classica nella nostra materia. Ed a supporre anche come effettiva soltanto l'attenuazione della forma della stip., e quindi l'efficacia della scrittura in determinate condizioni, un tale sviluppo dovrebbe mostrarsi negli scritti dei giuristi concluso in confini certi, attorno ad elementi sicuri e costanti, con giustificazioni o costruzioni giuridiche che qui mancano completamente. La testimonianza che si ascrive ad Ulpiano, invece, è la più incompleta e difettosa; cosa che non si può addebitare ad uno scrittore nè conciso nè trascurato, relativamente ad un punto di diritto grave, che attiene alla forma degli atti, di cui le norme debbono essere chiare e determinate.

Ma la contraddizione, o divergenza che si voglia dire, tra in due testi si spiega ora senza sforzo, naturalmente, mediante le supposte interpolazioni. I passi originali ritornano concordanti, nel negare entrambi alla scrittura, comunque fatta, l'efficacia della stipulatio. E così era al tempo di Ulpiano sicuramente.

Ed ora si può meglio valutare l'interpolazione della chiusa del passo, riconosciuta già da Fabro, Hotomano e dopo Gneist[1]) ammessa da tutti, la quale si raccorda pienamente con l'alterazione del testo che precede, in quanto i Compilatori vollero segnare la linea generale di demarcazione tra stipulatio e pactum, come altrove distinsero le scritture semplicemente prolatorie da quelle dispositive.[2]) Tutte le scritture possono avere l'una o l'altra funzione, a seconda la volontà delle parti.

22. Un altro gruppo di testi, concernenti la famosa degenerazione della stip., è più semplice ed ora più facile a spiegare.

Tra questi va in primo luogo considerato il

fr. 30 D. 45. 1 Ulp. 47 ad Sab. [*Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*]

Questo passo fu trasportato nelle Inst. dove ai fini didattici fu così ampliato:

I. III. 20. 8. *In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum; ideoque constat si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta.*

I due brani sono insiticii nell' un posto e nell' altro[3]); e portano l'impronta dello stile giustinianeo ed insieme

[1]) O. c. p. 249.

[2]) Cfr. c. 17 Cod. de fide instrum. IV. 21 Iustinianus [a. 528] Contractus venditionum vel permutationum vel donationum . . . . illos tamen quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata cet.

[3]) Diversamente Ferrini, BIDR. XIII. p. 178, crede il passo delle Istituz. estratto da Ulp., e più integro.

legislativo: *sciendum est — generaliter — videri omnia sollemniter acta*. È vero che l'avv. *generaliter* è frequente nei giuristi, ma là dove è adibito per determinare la portata di una norma di diritto, cui si attribuisce valore 'universale', come nel fr. 3 § 1 D. 25. 1 *nos generaliter definiemus*[1]); ed in tanti altri luoghi; è caratteristico dello stile legislativo.[2])

E rispetto alla massima che vi è enunciata si deve subito rilevare che essa è contraddetta in modo non dubbio da un rescritto di Alessandro dell' a. 230, così riferito:

> 12 Cod. VIII. 40 Idem A. Theodoto. Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod, cum pro alio intervenires, ἐγγυῶμαι dixisti, cum et his verbis obligationem verborum contrahi pridem receptum est. PP. VI K. Sept. Agricola et Clemente conss.

Dal quale rescritto si desume, non solo che il greco Teodoto aveva prestata fideiussione mediante stip. in lingua greca, ma ancora che la verborum obligatio, come rileva l'Imperatore nella motivazione, era imprescindibile per la validità della fideiussione.

Il passo delle Inst. inoltre con la sua amplificazione riesce in deffinitivo a dare l'impressione, certamente falsa anche per la codificazione giustinianea, che l'equivalenza della scrittura e delle stip. fosse un principio singolare per le stipulazioni fideiussorie: *in stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter* — poteva mai uno scrittore classico esprimere così una mera applicazione d'una norma di diritto generale? Io dico recisamente di no. Ma, di più, è evidente che i Compilatori, intenzionalmente, dichiarano in questo luogo, senza alcuna limitazione, che tutte le scritture relative a fideiussioni valgono come stipulazioni: *quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum*; il presupposto della *praesentia*, dunque, ve lo intrudono gli interpreti.

Ed ancora due osservazioni sono concludenti per rafforzare il sospetto che il passo dei Digesti più specialmente sia di fattura giustinianea.

---

[1]) Malgrado la contraddizione del Lenel, ZSS. 34 p. 378.

[2]) Esempii sono superflui: 'generaliter sancire, definire, dicere' sono frasi correnti nelle c. di Giustiniano.

La prima osservazione riguarda di nuovo la esposizione intorno alla stipulatio. fatta da Ulpiano nell' opera ad Sab. Non è credibile che Ulp. nel l. 48 trattando della verborum obligatio non avesse sentito il bisogno in nessun luogo di accennare all' importanza che comunque era tribuita alla scrittura in materia di stipulazioni, ed invece avrebbe datto notizia del nuovo diritto in proposito, di straforo, con riferimento alla fideiussione, che egli trattava, come sembra, nel l. 47[1]). Nè si dica che gli argomenti a silentio siano inopportuni di fronte ad un materiale frammentario; perchè a ciò si risponde che i Compilatori non avrebbero potuto omettere un tale brano concernente lo sviluppo ultimo del diritto in materia, che essi piuttosto solevano collocare in grande evidenza.

In secondo luogo credo dover ricordare che brevi frammenti o brevi paragrafi inclusi in lunghi passi, quando contengano massime di grave importanza, innovatrici rispetto al diritto precedente, si manifestano quasi sempre costruiti dai Compilatori. Ciò si deve intendere in un doppio senso: o che i passi siano rifatti con gli elementi che offriva il testo originale, troncando sviluppi, confronti, controversie e citazioni; ovvero che siano del tutto nuovi, sostituiti al testo genuino che non si adattava ai fini della compilazione.

Quest' affermazione non può avere qui un largo svolgimento, ma esso nemmeno è necessario, avendo io ragione di credere che ogni studioso dei Digesti abbia in proposito esempi ed esperienze a dovizia.[2])

---

[1]) Lenel, Palin. II c. 1183.

[2]) Anche da questo punto di vista io ho avuta occasione di esaminare nel mio Seminario il tit. de furtis 47,2 dove si rinvengono molti esempi di questo tipo. Ne riporto qui soltanto due: fr. 45 Ulp. 41 ad Sab. Si socius communis rei furtum fecerit [*potest enim communis rei furtum facere, indubitate dicendum est furti actionem competere*]. In questo passo era invece, sicuramente, negata l'a. furti al socio della res communis [cfr. per ora Riccobono, La communio in 'Essays in legal history' p. 56]. I segni interpolazionistici vi sono numerosi: *indubitate* — *dicendum est* — omissione del dativo del verbo *competere* etcc. Il Mo. inoltre vuol cancellare come glossema tutto il periodo: *potest enim* . . . . *facere*, il che è arbitrario. fr. 47 D. eod. Paulus IX ad Sab.: Si dominium rei surreptae [*quacunque*

Le interpolazioni che concernono la forma della fideiussio sono peraltro nella Compilazione frequenti e note-

---

ratione] mutatum sit domino furti actio competit veluti heredi [*et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario*]. Il testo probabilmente diceva: domino cui res ablata est furti actio competit, et heredi eius. Gli altri casi dovevano essere trattati da Paolo particolarmente, escludendo nella maggior parte di essi la trasmissibilità dell' actio furti. Perciò, la frase *quacunque ratione* è insiticia, ed essa rivela già una riforma di grande portata attuata dai Compilatori in questo punto. Altro bellissimo esempio traggo da Messina-Vitrano 'L'elemento della liberalità e la natura del legato, Palermo p. 17' fr. 36 D. de leg. II Ulp. Reg. Legatum est [*donatio*] testamento relicta; da confrontare con Ulp. Reg. XXIV, 1 Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur. Ho ricavati tutti gli esempi da opere dedicate all' esposizione del ius civile, perchè i brani estratti da esse richiedevano una continua e più profonda manipolazione per essere accolti nei Digesti, essendo che lo ius civile presentava veramente un sistema di diritto estraneo ai Bizantini, e che, sopratutto, aveva bisogno di essere rimodellato per le forme solenni con cui si attuava. Quest' osservazione può essere feconda in varie direzioni. Si spiega così che le interpolazioni si manifestano più frequenti e visibilissime nei passi estratti dalla massa Sabiniana. I compilatori, come ho detto, non potevano avere alcun interesse ad accogliere tutto quel diritto nazionale romano, che doveva ora sparire unificato col ius gentium e honorarium. Forse così si spiega che i Compilatori non poterono utilizzare i celebri tres libri iuris civ. di Sabino, che per la loro forma breve e sentenziosa non si adattavano a riduzioni. Un esempio è fornito nella dottrina del condominio dai fr. 26 D. 8. 2 Paul, 15 ad Sab. e 28 D. 10, 3, Papin. 7 qu., dove la massima di Sabino fu sottoposta ad una forte stemperatura da parte dei compilatori [cfr. Riccobono, La communio, cit. p. 35, 97.] Da ciò segue: che l'osservazione fatta dal Bluhme [Zeitschrift f. g. R. W. IV p. 342—43 e p. 257 e sg.], che cioè i Commissarii della massa Sab. offrirono un maggior numero di passi variamente manipolati, deve ora essere riveduta, per trarne conseguenze maggiori e più reali. In particolare, ritengo un errore attribuire il differente trattamento dei testi al temperamento o al metodo speciale tenuto dalle varie sottocommissioni, chè invece ciò dipendeva, obbiettivamente, dal contenuto delle opere che era essenzialmente diverso. Ed in secondo luogo, osservo, che se le opere del ciclo Sabiniano dovevano essere necessariamente interpolate in misura larga, a motivo del loro contenuto, cade ogni argomento per supporre siffatte manipolazioni eseguite direttamente dalla sottocommissione che escerpì i passi; mentre, invece, è più logico supporre che l'ordinamento ed il rimoderamento dei testi fosse stato compiuto da un' apposita commissione, che dirò più propriamente legislativa, incaricata pure di redigere via via le costituzioni che furono, come è noto, emanate durante la codificazione. Questa congettura, che

volissime, e saranno messe in evidenza nel capitolo speciale sulla materia.[1])

23. Un altro passo delle Instituzioni è così concepito:

I. III, 19, 17: [*Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit.*]

Noto subito che i Compilatori si servirono largamente per la formazione del tit. III, 19 delle Inst. di passi dei Digesti, da cui estrassero varii brani, e cioè il § 19 dal fr. 38 § 17 D. 45. 1; il § 20 dal fr. 38 § 20 D. cod., il § 22 dal fr. 87 D. 45. 1 di Paolo.[2]) Il nostro § si palesa insiticio nella trattazione che in questo luogo si riferiva [§§ 13—16 alle nullità sostanziali delle stipulazioni; ed è constatato che i passi sono tutti profondamente alterati. La fonte del § in esame non si può rintracciare[3]); gli editori vi annotano per confronto Paolo S. V, 7, 2, ed è vero che tra i due testi v'è relazione intima[4]), come si vedrà più oltre. Per ora dico che il contenuto del passo non può derivare da una fonte classica, per tutti quegli stessi motivi che sono stati svolti nello esame dei testi dianzi riportati. Come nel fr. 7 § 12 D. 2. 14 di Ulpiano, qui non si richiede la praesentia delle parti, ma nemmeno che l'istrumento contenga la clausola stipulatoria; onde esso afferma in modo generale che la confessione di debito fatta per iscritto vale come stipulatio. Se il concetto dei Compilatori era veramente così largo in ordine alla nuova forma della stip., si potrà giudicare in seguito, dopo l'esame di tutta l'opera, dacchè, come si vede, le singole testimonianze sono ambigue ed

io espressi già nelle Lezioni d'Ist. del 1906 p. 296, 311, poggia su molte osservazioni ben determinate; ma riconosco che per la sua piena dimostrazione occorre una più larga e profonda conoscenza dell' opera di Giustiniano, che siamo ancora ben lontani dal possedere. Della codificazione giustinianea non si potrà valutare nè il merito, nè il metodo di esecuzione, se prima non si indaghi e approfondisca il diritto e la struttura del Codice.

[1]) Cfr. per ora c. 15 Cod. V, 37 e ZSS. v. 33 p. 300.

[2]) Ferrini BIDR. 13 p. 177. [3]) Ferrini l. c.

[4]) Cuiacio indica il passo delle Inst. come estratto da Paolo; cfr. v. V p. 2207.

oscillanti. Ed infatti se passiamo a considerare un altro fr. dei Digesti, vi ritroveremo di nuovo richiesto il requisito della praesentia.

Così nel

fr. 134 § 2 D. 45. 1 Paulus XV Resp. Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestiturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint, si inter praesentes actum est, [*intellegendum*] etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.

si res inter praesentes acta [non] est, et Septicii promissioni a parte Lucii Titii [non] praecesserunt verba stipulationis [ex his litteris neque sortem neque usuras deberi].

La ricostruzione del testo è fatta in base al fr. 61 pr. D. 44. 7 di Scevola, dove il responso è così concepito: respondit Seium, si alioquin obligatus non esset, non propter quod ea scriptura quae proponeretur interposita sit, obligatum esse. Quello di Paolo era, come di solito, analitico e particolarmente determinato. E l'alterazione di esso si dimostra pure osservando che il parere concreto alla proposta domanda non c'è. Non si rileva se Septicio interveniva come fideiussore o come mutuatario; perchè il testo giustinianeo non risponde direttamente alla domanda se la pecunia depositata e le usure fossero dovute da Setticio, ma come se si trattasse di una disputatio di scuola dice soltanto che se la scrittura fu fatta inter praesentes vale come stipulatio. Un siffatto responso che obbliga la parte interessata a desumere il parere da affermazioni teoriche è affatto inusitato, appunto per l'indole e la destinazione dei medesimi. E qui ritornano le litterae inter praesentes, di cui ora l'origine ci è nota. Ma inoltre è rimarchevole che la struttura dell' ultimo periodo è perfettamente uguale a quella della c. 1 Cod. 8. 37, dove si parla pure di epistula. Il confronto è utile renderlo visibile:

c. 1 Cod. 8. 37 . . . si res inter praesentes gesta est, *credendum est*, praecedentem stipulationem vocem spondentis secutam.

fr. 134 § 2 . . . si inter praesentes actum est, *intellegendum* etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis.

È escluso in modo assoluto che Paolo abbia conosciuto la costruzione della praesumptio iuris stabilita da Giustiniano nell' a. 531, accordando alla scrittura inter praesentes assoluta credibilità — *credendum est* —; e perciò è necessario concludere che i Commissarî dei Digesti si servirono pure di quella medesima c. 14 Cod. 8. 37 per adattare i responsi dei giuristi al nuovo diritto. La coincidenza del risultato delle due manipolazioni deriva sicuramente dal fatto che i due responsi originali combaciavano non solo nelle decisioni, ma anche nella struttura esteriore. Un esempio insigne questo, da cui si deve trarre monito a non sbarazzassi dei testi interpolati con tagli facili e rotondi.

25. Ed in ultimo ci troviamo di fronte al famoso passo di Paolo Visigoto, da cui tutta la storia della degenerazione della stipulatio nel periodo ultimo della giurisprudenza classica apparisce autenticamente raffermata. In verità noi non abbiamo più oggi una fede ortodossa in questa fonte; ma ciò non diminuisce l'importanza della nuova attestazione, la quale piuttosto allarga il problema dell' origine della trasformazione della stip. e lo pone d'un tratto su altre basi.

Cominciamo da riferire il testo nella sua interezza:

Paul. S. V, 7, 2 Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem [*perinde habetur atque*] si interrogatione praecedente [*responsum sit*].

Quod si quis scripserit instrumento se promisisse si res inter praesentes gesta non est et interrogationem praecedentem vox spondentis secuta non est [ex sola scriptura obligatus non videtur].

Un primo difetto del testo Visigoto salta subito agli occhi, e consiste nella omissione di un elemento essenziale nella seconda parte; cioè che la scrittura deve esser fatta inter praesentes. Anche per questo rispetto il passo coincide con quello delle Ist. III, 19. 17 dianzi esaminato; se non che l'omissione è impressionante in questo luogo, perchè nel periodo che precede Paolo dice che la verborum obligatio non etiam inter absentes contrahitur. Onde era necessario nel dedurre dalla massima enunciata la tesi, riaffermare la necessità di quella condizione. Io desumo dalla mancanza di un siffatto presupposto, così essenziale, che Paolo, come Ulpiano in D. II, 14. 7. 12, doveva semplicemente negare l'efficacia della scrittura per sè stessa, ove non fosse effettiva testimonianza della eseguita solennità orale. Il 'quod si' aveva perciò nel testo una funzione esplicativa, della proposizione che precede immediatamente. Con questo intendimento ho ricostruito il passo, avvalendomi dei modelli classici che ora conosciamo, per lo meno rispetto alla sostanza. Il periodo Visigoto è pessimo dal lato della forma: *scriptum fuerit . . . promisisse aliquem . . . responsum sit*, per lo altenarsi della costruzione impersonale con quella personale, che intorbida anche il concetto. E peraltro non occorre insistere sull' affermata alterazione del testo, che deve considerarsi direttamente dimostrata con l'analisi dei passi dei giureconsulti eseguita nel II capitolo.[1]) In quel luogo Paolo ci apparve il giureconsulto teorico che più esplicitamente e con grande efficacia ritrae la stipulatio nella forma di una solennità orale, da cui dipende non solo tutta la forza ma pure la validità dell' atto. Alcuni testi di quelli riferiti appartengono precisamente alle S. [II, 3. 1; V, 7.1], uno anzi trovasi collocato giusto al principio del titolo medesimo che contiene la testimonianza in esame. Il passo poi più categorico nella rappresentazione della natura e della forma della stip., in contrapposto alla scrittura, è appunto il fr. 38 D.44. 7 di Paolo di cui dirò più oltre. Il testo tramandatoci dai Visigoti, dunque, non può derivare dalla penna di Paolo. Questo è sicuro.

[1]) p. 259.

26. Ma accertato questo punto, bisogna affrontare il problema, ora reso più arduo, intorno all' origine del principio che agguaglia la scrittura di debito alla stip. romana. Il testo visigoto dimostra che tale principio fu introdotto almeno nella pratica prima di Giustiniano, il quale perciò non avrebbe fatto altro in questo punto che raccogliere e fermare, e la manierà qui è di secondaria importanza, una tradizione giuridica già matura.

Rigettata pertanto la dottrina tradizionale, che ammetteva la degenerazione della stip. compiutasi già nel periodo classico, dobbiamo indagare donde essa mai proviene.

E qui, come dicevo, incontriamo il problema più generale intorno alla possibilità d'interpolazioni sostanziali inserite nei testi classici ed all' origine delle medesime. Le opinioni in proposito sono varie, come è noto, perchè le esperienze fatte sono scarse, e delle interpolazioni accertate poi, che si rinvengono del resto in tutte le fonti antegiustinianee, non si è data finora una spiegazione nè generale nè apprezzabile. Il Lenel[1]) ha sostenuto di recente che tali interpolazioni non è a credere fossero molto frequenti, e che in esse si debbano riscontrare determinati caratteri e presupposti dei quali ha promesso di trattare prossimamente. Ma il Lenel nega, giusto, che si sia dimostrata finora l'origine pregiustinianea di un' interpolazione riprodotta nei Digesti, e l'affermazione è sicura. Il Mitteis[2]) è più largo nell' ammettere la possibilità di innoviazioni apportate ai testi classici, che suppone derivate comunque dalla tradizione di scuola.

Il problema è così impostato perfettamente da questi maestri della nostra scienza; ed è noto che fu messo in campo dall'eccellente per quanto ardita dissertazione del Peters[3]), il quale concluse, come già aveva concluso Hofmann, con l'anticipare, di fatto, la formazione del Digesto, che reputa un prodotto della dottrina e della pratica giuridica bizantina del periodo pregiustinianeo.

---

[1]) ZSS. 34 p. 378. [2]) ZSS. 34 p. 413.
[3]) Bericht d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wiss., Phil.-hist. Kl. v. 65 n. 1.

Come si vede, il dibattito su questo argomento, che finora si è svolto precipuamente in astratto, per via d'ipotesi, si trova ora, in questo luogo, ricondotto al concreto, rimpetto ad una dottrina formatasi avanti Giustiniano, e che se non la prima è di sicuro la più cospicua tra quelle che esercitarono un grande influsso sulla Compilazione giustinianea. E noi avremo occasione di constatare subito che interpolazioni o glosse concernenti la nuova funzione e la importanza della scrittura nel campo del diritto se ne riscontrano in realtà nelle opere pregiustinianee, onde in questo luogo io devo necessariamente prender posizione nella disputa di recente suscitata, e ricercare l'origine della nuova dottrina che è argomento di questo studio.

Il progresso del diritto nel senso più lato, che comprenda svolgimento degli istituti e modificazioni delle norme esistenti, può essere determinato in generale dalle sequenti cause:

1. dalla dottrina, e particolarmente dall' attività della scuola.
2. dalla pratica giudiziaria, e quindi da tutti gli organi che prendono parte comunque all' applicazione del diritto.
3. dalla legislazione.
4. dalla consuetudine.

Tutte queste fonti sono inaridite nell' Occidente, dove, essiccatasi nel periodo bizantino la limpida e rigogliosa vena, non c'è alito di vita. Il movimento del diritto, di cui gli effetti si manifestano così imponenti nella codificazione del VI° secolo, bisogna perciò osservarlo nella parte orientale dell' Impero. E qui certamente le scuole di diritto mostrano una certa attività, la quale tuttavia non si deve imaginare nè originale nè particolarmente feconda, a giudicare dalle tracce sparutissime e quasi insignificanti che appariscono nella letteratura giuridica del IV e V secolo. Ed invero i fr. Sinaitici mostrano che tutta l'operosità scientifica in quel periodo fu rivolta a trarre dalle opere dei giureconsulti romani più recenti gl' insegnamenti più notevoli, che erano studiati con somma diligenza me-

diante confronti e versioni, e ridotti pure in massime brevi e precise. Così è che la tradizione scolastica bizantina non ha segnato alcuna orma, e che nei Basilici, che costituiscono pure la fonte di cognizione più cospicua di tutto quel periodo, è difficile rinvenire un esempio di una dottrina[1]) di nuova formazione, organica e compiuta che sia meritevole di attenzione. Tutti gli 'eroi e i maestri dell' universo' per quanto possiamo vedere, si aggirano attorno ai libri dei giuristi romani, e nulla vedono e percepiscono al di fuori di essi. La conoscenza, perciò, piuttosto larga, e che si manifesta come fu detto anche organica, delle opere classiche dell' ultimo periodo costituisce il patrimonio più apprezzabile che la tradizione scolastica bizantina trasmise ai contemporanei di Giustiniano. E questo riguarda appunto il periodo aureo della scuola di diritto in Oriente, il periodo degli ἥρωες beritesi. Dopo, la decadenza della cultura giuridica è completa; si desume non tanto dalle notizie fornite in proposito da Giustiniano[2]), ma più direttamente dal carattere sempre più scadente della legislazione nel periodo anteriore a Giustiniano.[3])

E dimeno poteva offrire la legislazione per sè stessa; la quale, come la forma più alta dell' elaborazione del diritto, non si può mai mostrare veramente efficace e fe-

---

[1]) È invalso l'uso ora, specialmente in Italia, di parlare di dottrine postclassiche in lungo ed in largo, ma non ne abbiamo visto finora addurre alcuna prova. [2]) Cfr. c. Tanta §§ 12—17.

[3]) In siffatte condizioni la tesi del Peters si palesa priva di qualsiasi fondamento. Peters attribuisce appunto al periodo immediatamente anteriore a Guistiniano la formazione di una crestomazia a scopo prevalentemente scolastico, che avrebbe facilitato l'opera del legislatore del sec. VI°. Ma, a parte quel che si è detto, va notato che la codificazione di Giustiniano ci si rivela meglio ogni giorno come quella che produsse, almeno dal lato formale, un vero cataclisma nell' ordine giuridico; onde a supporre anche solo alcuni punti essenziali del nuovo diritto formulati e fissati dalla dottrina anteriore, le tracce dei medesimi si dovrebbero riscontrare dapertutto. Nè con ciò si vuol dire che le innovazioni di Giustiniano siano tutte o prevalentemente originali e inventate nel periodo legislativo, perchè, come si vedrà rispetto all' argomento in esame, i Commissarii di regola si limitarono ad adattare le opere dei giuristi e le c. imperiali alle consuetudini ed agli usi vigenti nelle provincie orientali dell' Impero.

conda senza una preparazione scientifica. E la legislazione bizantina rispecchia lo stato della cultura giuridica, è disordinata e turbinosa; spinta unicamente dalla forza prepotente che su di essa esercitavano i bisogni della pratica ed uno stato del diritto veramente anormale, nulla sa risolvere, fa e disfa ogni giorno di nuovo i punti medesimi, a secondo i suggerimenti e le pressioni di casi ed interessi singoli. Le difficoltà che si sperimentarono nella prima metà del sec. V° nella formazione del Codice Teodosiano attestano nella maniera più significativa lo stato miserevole delle idee generali e direttive nel campo della legislazione.[1])

La pratica giudiziaria in siffatte condizioni non poteva essere nè meglio illuminata nè feconda; perchè nella realtà essa è dell' organo legislativo il grande propulsore ed insieme la guida più sicura.

Non resta, dunque, come fonte viva per lo svolgimento del diritto che la consuetudine, la quale si deve intendere in un senso tutto particolare, come era già affatto singolare lo stato del diritto in quella parte orientale dell' Impero, retta da un diritto ufficiale imposto in blocco, straniero nella lingua e nelle forme, che mai giunse a soppiantare le consuetudini locali; le quali poi per certi rispetti erano sicuramente più agili e progredite delle correlative norme del diritto romano. Onde se si dice, che la consuetudine nel periodo bizantino emerge come fonte più attiva del diritto, ciò si deve intendere nel senso, che istituti e forme dei diritti nativi riaffioravano nella vita giuridica riconosciuti via via imperfettamente e disordinatamente dalla pratica giudiziaria e della legislazione. Ed è noto, infatti che da Costantino in poi il movimento del diritto appare con un indirizzo nuovo[2]); determinato dal fatto, che diminuita la pressione del diritto ufficiale nelle provincie della parte di Oriente la forza sempre viva delle consuetudini particolari prorompe con grande vigore. La legislazione si sforza di contenerla come meglio può e sa. Un esempio offre in proposito la famosa c. 2 Cod.

[1]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 204 n. 4; esempi singoli in Riccobono, Mél. Girard II p. 457 segg.

[2]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 204, 548 segg.

quae sit longa consuetudo. VIII, 52 [a. 319] di Costantino[1]); e altri atti imperiali concernenti il valore e l'autorità dei rescritti[2]) fanno intravedere che ormai i termini del conflitto tra il diritto imperiale romano e le consuetudini locali sono mutati, ridotto il primo nelle condizioni di estrema difesa. Tra le manifestazioni più esteriori di questo nuovo stato di cose possono indicarsi: l'ammissione della lingua greca per gli atti iuris civilis, che era stata esclusa fino a questo momento[3]); ed in secondo luogo la separazione deffinitiva della sorte della legislazione nell' una e l'altra parte dell' Impero.[4]) Ma per osservare il movimento del diritto in questo periodo, e come esso sia tutto indirizzato in senso perfettamente contrario al diritto romano imperiale, la materia che abbiamo in esame offre certamente l'esempio più cospicuo e significativo. E ciò si comprende benissimo; perchè le forme degli atti costituiscono appunto la parte più appariscente ed essenziale nell' attuazione del diritto, e tale materia da lungo tempo era ridotta in una condizione intollerabile. Ora, invece, la scrittura viene riconosciuta in casi singoli come solennità in luogo della mancipatio[5]); è designata come un mezzo di prova privilegiato ed a volte esclusivo[6]); e, sovratutto, la scrittura riappare come costitutiva dell' obbligazione astratta, vale a dire nella funzione di contratto letterale.[7]) E tal movimento del diritto è così largo e vigoroso che si propaga pure nella parte occidentale. Certo esso si mostra tutto visibile nella codificazione visigota[8]), e lascia tracce

---

[1]) Cfr. specialmente Mitteis, Reichsr. p. 163, 204.

[2]) Cfr. c. 2 Th. 1, 2 [Constantinus] Contra ius rescripta non valent, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt magis sequi iudices debent. Vedi inoltre c. 3 eod. [a. 316] c. 11 eod. [a. 398]. [3]) Cfr. Mitteis, Reichsr. p. 185 segg., 204.

[4]) c. 1 Th. 1—5 [a. 429] di Teodosio II.

[5]) Cfr. Riccobono, Mél. Girard II p. 457; ZSS. v. 34 p. 171.

[6]) Cfr. 4 Cod. Th. XI, 39 [a. 346]; c. 5 eod. [a. 362]; c. 6 eod. [a. 369]; c. 5 Th. IV, 4 [a. 416]; Basil. XXI, 1, 25, e Riccobono, ZSS. 34 p. 245.

[7]) Cfr. c. 3 Th. II, 4 [a. 371]; c. 6 Th. II, 4 [a. 406]; le quali saranno esaminate in seguito.

[8]) Cfr. Paul. S. v. 15, 4; II, 17, 13, e Riccobono, ZSS. 34 p. 245, 246

dapertutto. Qui interessano particolarmente due testimonianze che si rinvengono fuori le raccolte legislative; cioè una glossa al testo di Gaio e la versione greca d'un passo pertinente ad un giureconsulto romano del secolo secondo.

La glossa è così concepita; Gai III, 138: *Sed absenti expensum fieri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non possit.* Non si nega che la formulazione di questa norma sia inettissima; ma essa tuttavia non è priva d'interesse; perchè si deve riferire sicuramente all' efficacia dispositiva della *ἀποχή* come era riconosciuta nelle consuetudini delle provincie orientali, malgrado il principio contrario del diritto romano.[1])

L'altro testo è contenuto nel fr. dello Ps. Dositeo 5. Il passo latino concerne la condizione giuridica dei servi che si trovano in libertate voluntate domini, e di cui la redazione originale doveva corrispondere a quella che rendono ora gli edd. delle fonti pregiustinianee, e cioè: omnia tamen quasi servus adquirebat manumissori, velut si quid stipulabatur vel mancipio accipiebat. La versione greca dice: *πάντα μέντοι καθῶς δοῦλος προσεπόριζεν ἐλευθερωκότι ἢ εἴτι ἐπερώτατο ἢ κατὰ γραφὴν εἰλήφει*[2]); dove si osserva, che il modo di acquisto '*per scripturam*' ha preso il posto della mancipatio del testo latino; e la scrittura rappresenta, forse, nell' intendimento del traduttore, una forma parallela alla stipulatio per stringere qualsiasi rapporto obbligatorio; in quest' ultimo senso infatti fu inteso il passo da Cuiacio e dalla maggioranza degli interpreti nel sec. XVI.[3])

Onde, ritornando al nostro soggetto, possiamo dire che la spiegazione dell' origine della nuova dottrina concernente la stipulatio sia in verità meno astrusa di quanto sembrava a primo aspetto. La scrittura, da Costantino

---

[1]) Cfr. Frese, Zur Lehre von der Quittung, ZSS. v. 18 p. 241 e segg. Le osservazioni in contrario del Rabel, ZSS. v. 28 p. 334, 340 potranno essere smaltite nel seguito di questo lavoro.

[2]) Corpus glossariorum Latinorum [Goetz] III, p. 103.

[3]) Cfr. Schulting, Iurisprud. ad Gaium II, 9, 12, p. 163, cfr. p. 805 dove scriptura s' interpreta = mensae scriptura; Salmasio, invece, de usuris p. 136, intende ogni scrittura obbligatoria.

in poi, aveva ripreso grado a grado nella parte orientale dell' Impero la sua funzione nella vita del diritto. La stip. si redigeva per iscritto; e tutti gli effetti giuridici della medesima si riconducevano naturalmente al documento. L'Imp. Leone nell' a. 472, abolendo la solennità orale della stip., tolse in realtà l'impedimento più grave all' effettivo riconoscimento della pratica provinciale. È ovvio, infatti, che la stip. si ridusse da quel momento ad una semplice convenzione tra presenti, di cui l'elemento più emergente e visibile rimaneva la scrittura. Dei requisiti della stip romana restave ancora in vita solo la praesentia delle parti Ma questa era assai di frequente omessa, e perciò come ne informa Giustiniano nella c. 14 Cod. VIII, 37, solo questo punto dava luogo a contestazioni e litigi. Qui abbiamo, dunque, la prova, fornita dalla stessa legislazione, che tutta l'efficacia della stip. si riconduceva al documento redatto inter praesentes, nella praticá del principio del secolo sesto; e secondo le consuetudini locali, ancora piu avanzate, al documento comunque formato. E così abbiamo rintracciata l'origine delle due dottrine che riscontrammo nei passi finora esaminati, dei quali alcuni esigono per la validità della stip. la redazione scritta eseguita inter praesentes; altri conferiscono pieno valore alla semplice scrittura, senzae richiedere alcuna condizione. L'una e l'altra sono un prodotto della pratica bizantina specialmente del secolo V°, che dopo la legge di Leone del 472 potè svolgersi liberamente, vale a dire potè la consuetudine locale mostrarsi all' aperto, liberata dalla lunga oppressione in cui er stata tenuta dal diritto romano.

Nè può sorprendere che accanto ad una forma omai legale, la scrittura inter praesentes, si manifesti quell' altra più avanzata e contro legge, che tribuiva la stessa efficacia della stipulatio al documento per sè stesso, anche redatto in assenza dello stipulante; perchè, come sappiamo, siffatta concezione nelle provincie orientali era salda, e, combattuta già da Diocleziano[1]), segna ormai la via alla legislazione, la quale le tien dietro stentatamente.

---

[1]) c. 3 Cod. VIII, 38 [Dioclet. et Max.]. Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita cet. [a. 290].

E dell' esistenza del contrasto, in questa nuova forma, in cui le consuetudini locali si manifestano vigorose e irriducibili, abbiamo la più esplicità conferma da Giustiniano, il quale effettivamente accolse la concezione consuetudinaria della stip., cioè quella più larga, che abbiamo descritto or ora, e che conferiva alla scrittura il valore della stipulatio. Infatti, ognuno deve riconoscere che Giustiniano, esigendo non più la presenza immediata delle parti, ma solo la presenza nella stessa città in quel giorno, o meglio in un' ora qualsiasi del giorno, in cui la stipulazione si dice eseguita, pervenne in deffinitivo ad una soluzione che in realtà è un compromesso tra le due concezioni diverse: cioè la concezione che agguagliava la stipulatio al contratto letterale dei diritti nativi, e la romana che esigeva la forma solenne, o perlomeno, dopo la legge di Leone del 472, la scrittura inter praesentes. Giustiniano, nel fonderle insieme, diede assoluta pevalenza alla prima, vale a dire alla concezione nativa che riconosceva nella scrittura per sè stessa l'elemento essenziale, la causa dell' obbligazione.

Onde il passo di Paolo visigoto, da cui questa indagine prese le mosse, ne appare ora intelligibile nella sua origine e nella portata. In esso ritroviamo la dottrina più avanzata rispetto alla forma della stip., che si effettua semplicemente per mezzo d'un documento:

> Quodsi scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem perinde habetur atque si interrogatione praedente responsum sit.

Se altri vorrà intendere anche questa massima nel senso che la scrittura per valere come stip. debba esser redatta inter praesentes, la spiegazione qui esposta non si altera, si rende anzi più semplice. Il passo sarebbe allora perfettamente concordante con la notizia che fornisce Giustiniano nella c. 14 Cod. VIII, 37: *et si . . . inter praesentes celebratam esse rem fuerat scriptum, et hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse praesentes.* Questo è fuori dubbio, dunque, che prima di Giustiniano la scrittura fatta tra presenti voleva legittimanente come stipulatio.

Tuttavia ad allontanarmi da questa interpretazione rispetto al passo visigoto, due motivi precipui m'inducono; in primo luogo il largo riconoscimento nella Compilazione giustinianea della scrittura, per sè stessa, come causa d'obbligazioni; ed in secondo luogo l'interpretatio visigota medesima, che si palesa formata come il testo legislativo di due strati diversi, come segue: Verborum obligatio ideo inter praesentes constare videtur, quia necesse est, ut is qui aliquid redditurum se promittit, ad creditoris interrogata respondeat.

Sed si scribat aliquis, se quamquam summam redditurum, ita habetur quasi ad interrogata responderit.

La prima parte dell' interpretatio è tratta da buone fonti classiche. La presenza vi è dichiarata esattamente come un presupposto della solennità orale, per la necessità che il debitore risponda 'ad interrogata'.[1]) La seconda parte, invece, aggiunta con l'avversativa '*sed*', descrive, in contrapposto, la stip. per scrittura, per la quale la presenza delle parti non è indicata e nemmeno presupposta. Questa interpretazione del testo è semplice, ed ammessa da tutti.[2])

27. E pertanto si può oramai chiudere questo capitolo e riassumere il risultato dell' indagine compiuta mediante l'esame di tutti i passi che, dentro e fuori il Corpus iuris, attestano la degenerazione della stipulatio romana.

Ed in primo luogo bisogna riaffermare quella gran parte di verità che la dottrina tradizionale contiene, attribuendo la efficacia della stip., come si presenta nel Corpus iuris, alla parola parlata e non alla scrittura. Ciò è vero; ma è effetto di mero artifizio, usato da Giustiniano, e già dalla pratica bizantina, senza che abbia peraltro realtà alcuna. L'artifizio ha assunto tuttavia colore di verità per la viva luce che la pura dottrina romana riflette ancora nel Corpus iuris, per via di un gran numero di passi genuini dei giureconsulti nei quali la stip. è rappresentata

---

[1]) Cfr. per questa frase i testi classici citati a p. 258.

[2]) Cfr. Gneist, Formelle Vertr. p. 263.

quale era nella realtà nel diritto dell' Impero sino alla legge di Leone, onde la forma di essa ne appare, almeno alla superficie, sempre e tutta viva, come era ritratta da Gaio nella sua esposizione. Effettivamente, però, l'interpretazione più illuminata e più vera del diritto giustinianeo esige che si valutino particolarmente le riforme introdotte nel Corpus iuris mediante leggi apposite e interpolazioni dei testi antichi, le quali in complesso rivelano nel nuovo diritto la confluenza di due correnti in ordine all' obbligazione formale, e per certi aspetti riguardo alla forma della stipulatio.

a) La prima, che appare largamente nel diritto del Codice, ma pure nei Digesti in varie applicazioni, riconosce la scrittura come causa dell' obbligazione, la quale è quindi considerata idonea a rivestire di efficacia giuridica qualsiasi convenzione, ed effettuare la novazione di un rapporto obbligatorio preesistente. Questo punto fu messo in perfetta luce dalla Glossa. Il chirografo, l'istrumento, la scrittura figurano in molti testi con lo stesso valore della stipulatio; a volte, come noi oggi possiamo constatare, quei termini furono collocati al posto della stipulatio, con tutti gli effetti giuridici della medesima. Onde qui abbiamo indubbiamente il riconoscimento, nella sua forma più genuina, del contratto letterale dei diritti greci, mai scomparso dalla coscienza e dalle consuetudini di quelle popolazioni delle provincie orientali. E si comprende, perciò, con agevolezza come siffatta consuetudine nativa, non compressa nè ostacolata più da nessun principio essenziale, doveva nell' opera giustinianea, anche tacitamente, avere la più larga e spontanea applicazione. Certo è che tra i passi finora esaminati, cinque di essi su sette[1]) rappresentano il documento, per se stesso, come stipulatio, senza che si richieda, in particolare, la redazione ne sia fatta in presenza dei contraenti.

La funzione della scrittura in questo senso si manifesterà in grande rilievo nel seguito di questo lavoro, con

[1]) E cioè i seguenti: Paul. S. V, 7, 2; fr. 7 § 12 D. II, 14; fr. 30 D. 45, 1; Inst. III, 19, 17; Inst. III, 20, 8. La praesentia si esige, invece, nella c. 1 Cod. VIII, 37 e nel fr. 134 § 2 D. 45. 1.

l'esame di un gran numero di passi dei Digesti e di costituzioni del Codice, dei quali gl' interpreti, che accostarono il Corpus iuris con maggior sapienza, fecero sin dal sec. XVI mal governo.

b) L'altra corrente è più esigua, ed è quella giustinianea. Il legislatore, come sappiamo, opera con la figura della stipulatio romana, adibita peraltro come lustra e finzione per conferire parimenti alla scrittura il valore della stip., mediante una presunzione assoluta dell' accordo eseguito dai contraenti di persona. Teofilo parla in questo luogo espressamente di una presunzione di diritto.[1]) A tal fine Giustiniano dovette esigere ancora uno dei requisiti della stip. romana, cioè la praesentia delle parti; che seppe, poi, rendere illusorio, richiedendo soltanto la loro presenza nella stessa città nel giorno della redazione della scrittura, evidentemente per dar colore alla presunzione medesima.

Tra le due forme di scrittura ammesse da Giustiniano con l'efficacia della stipulatio la differenza è minima e senza alcuna realtà; essa consiste in ciò, che nel contratto letterale il documento può essere redatto dal solo debitore, in altro luogo, e può essere un' epistula; invece la carta-stipulatio dovrebbe avere il requisito or ora indicato, cioè la possibilità che le parti avessero potuto convenire in quel giorno nello stesso luogo. Gli effetti giuridici si agguagliano nell' uno e nell 'altro caso. E perciò è del tutto ozioso, anche dal punto di vista dell' ermeneutica legislativa, sottintendere, ogni volta, quella tale praesentia giustinianea nei passi del Corpus iuris che rappresentano la scrittura con carattere dispositivo e con gli effetti e con la terminologia proprii alla stipulatio. Un requisito che non ha funzione alcuna da compiere è perfettamente inutile, come un organo qualsiasi atrofizzato.

28. La riforma di Giustiniano, pertanto, che concerne la stipulatio è una delle più imponenti tra quelle che si riscontrano nel Corpus iuris; ma in essa non si mostra alcuna invenzione da parte del legislatore[2]), il quale piuttosto

[1]) Theoph. Paraphr. III, 19, 16; III, 20, 8.

[2]) Giustiniano merita tuttavia ogni elogio, per aver risoluto un problema che ai suoi predecessori dovette sembrare insolubile come quello

riprodusse fedelmente le dottrine consuetudinarie provinciali in ordine all' efficacia della scrittura ed alla forma degenerata della stipulatio romana.

---

della quadratura del circolo, mantenendo cioè la struttura della stip. romana, e nello stesso tempo accogliendo nella codificazione il diritto consuetudinario locale, che alla scrittura tribuiva ogni vigore. E peraltro Giustiniano ne mena vanto, come egli usa, e mostra pure a proposito della stip. tutto il dispregio per le forme romane. Infatti nella c. 4 Cod. II, 55 [56] così si esprime nella chiusa: qualis enim differentia est, si huiusmodi verbis etiam ὁμολογῶ adiciatur vel huiusmodi vocabulum omittatur? Si enim verba consueta stipulationum et subtilis, immo magis supervacua observatio ab aula [l. aboleri] concessa est, nos qui nuper legibus a nobis scriptis multa vitia stipulationum multasque ambages scrupulososque circuitus correximus, cur non et in huiusmodi scriptura totam formidinem veteris iuris amputamus, ut, si quis haec scripserit vel unum ex his, adquiescere eis compellatur et ea ad effectum omnimodo perducere? cum non est verisimile haec propter hoc scripsisse, ut tantum non contradicat, sed ut etiam ea impleat, adversus quae obviam ire non potest. Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani D. III k. Nov. Decio vc. cons. Avanti tutto si noti che anche qui la stip. è presupposta con somma naturalezza come una semplice scrittura: *si quis haec scripserit . . . propter hoc scripsisse.* Ma inoltre io non esiterei a riferire quelle frasi disdegnose più particolarmente alla riforma della stip. esaminata in questo lavoro, malgrado che la c. porti la data del 529, ed invece quella che concerne la forma della stip. sia del 1 Nov. 531. Perciò ritengo che i revisori del Codice, nel 534, dovettero ravvivare e integrare quella precedente del 529, riferendosi in essa pure alle più profonde innovazioni circa la stipulatio stabilite posteriormente. Che Giustiniano interpoli sì stesso è noto. Altri esempii v. in ZSS. 34 p. 192. E peraltro le leggi emanate durante la formazione dei Digesti contenevano le più larghe innovazioni, onde era necessario ritoccare quasi tutti i punti, vuoi per la forma o per la sostanza, della legislazione precedente accolta nel primo Codice. Il motivo particolare, per ritenere in questo luogo della c. 4 citata un rifacimento del testo primitivo, è dato dalla notizia ben determinata che vi si riscontra di riforme radicali circa la struttura esteriore della stip. „*scrupulososque circuitus correximus*", contenute appunto „*nuper legibus a nobis scriptis*". Quali sono queste leggi recenti? Le c. 11 e 12 cod. VIII, 37 e 25 cod. VI, 23, riguardano piuttosto punti sostanziali di diritto, perciò „*vitia stipulationum*", ma non la forma dell' atto, che nel brano riferito è particolarmente presa di mira. Ne desumo, quindi, che il brano dovette essere rimaneggiato, con riferimento alle riforme complessive della stip., nella revisione del Codice. Se così è la legge 4 assume altro spicco nella Compilazione, come quella che contiene una dichiarazione espressa del legislatore circa l'abolizione completa della forma della stip. romana „*et subtilis, immo magis*

La dimostrazione più piena di quest' affermazione deve essere data nel capitolo che segue; perchè ora siamo in grado di affrontare l'altro problema non meno arduo intorno all' esistenza della litterarum obligatio nel Corpus iuris.

---

supervacua observatio cet" così si esprime Giustiniano, sempre, quando si trova di fronte alle forme solenni romane, per le quali mostra un grande orrore, anzi direi il furore sacro che l'inquisitore suole avere in materia religiosa. Raccogliere la maggior parte delle espressioni e delle invettive che egli adopera in siffatte occasioni mi è parso opportuno, non per mera curiosità storica, ma perchè, come è ovvio, esse servono a farci conoscere meglio una delle caratteristiche più salienti del mondo bizantino, illuminano l'ambiente in cui la codificazione fu eseguita, e rivelano particolarmente la mentalità degli artifici di essa. Vedi Appendice I.

VII.

'Lis contestata' e 'controversia mota'.

Von

Herrn Professor **Emilio Albertario**

in Camerino.

I. In due Note, aventi questo stesso titolo, pubblicate nei Rendicondi del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere[1]), io ho cercato di dimostrare che i Giustinianei richiamano al momento dell' *inizio* della lite effetti, che nel diritto classico scaturivano soltanto dalla *litis contestatio*, e in tanto scaturivano, in quanto essa generava tra le parti un *rapporto nuovo*.

L'alterata e scomposta struttura della *litis contestatio* nella nuova epoca giustinianea non annullò il prodursi di quegli effetti, come doveva avvenire al chiaro lume della logica giuridica classica, ma portò a una singolare conseguenza. Quegli effetti derivano nella nuova epoca non dalla *contestatio litis*, classicamente intesa, ma dalla *lite*: i testi non alterati serbano ancora le tracce della *contestatio*

---

[1]) Cfr. Rendiconti, 47, a. 1914, p. 505—513; 565—577.

litis; i testi interpolati parlano più precisamente di *inizio* della lite (*mota* controversia, *mota* lis, *mota* quaestio): la realtà è che — sia lasciando sopravvivere la vecchia terminologia sia adoperando la nuova — i Giustinianei fanno derivare arbitrariamente, con statuizioni *positive*, dalla *lite* effetti, che da un particolare *solenne momento* della lite, dalla *contestatio* litis, derivavano — e dovèvano *logicamente* derivare — nell' epoca classica.

L'affermazione *giustinianea*, contenuta nella l. 1 C. 3, 39 (Impp. Sev. et Anton. a. 202) '*lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*', non induce tra l'*inizio* della lite e la *contestazione* della lite una differenza sostanziale, concettuale: trattasi di una differenza formale, artificiale soltanto, impotente a far derivare dal momento della contestazione della lite, così intesa, maggiori effetti di quelli derivanti dal momento del suo inizio.

Nella prima Nota ho cercato di dimostrare come i Giustinianei affermino la trasmissibilità passiva delle *azioni penali* 'si vivus *conventus* fuerat, *quasi lite contestata cum mortuo*'.[1])

Nella seconda Nota, ritoccando e dilatando una acuta indagine del Messina-Vitrano, ho cercato di ribadire come nel campo della *hereditatis petitio* il possessore dell' eredità per i Giustinianei 'incipit malae fidei esse' dopo l'*inizio* della lite: 'post *motam* controversiam', anzichè 'post litem *contestatam*'.

II. In questa Nota io mi propongo di considerare brevemente i testi, in cui è adoperata l'espressione '*controversiam movere*'. Due diversi indizi sembrano concorrere a farla ritenere sospetta.

Da una parte una fine, sottile, decisiva nota del Se-

---

[1]) Il fr. 33 D. 44. 7, che per l'appunto contiene la innovazione giustinianea, è stato — a dire del Wieding — 'eine der bestrittensten, die es in der Litteratur des römischen Rechtes gibt'. Cfr. infatti le svariate, ma anche tutte disperate, interpretazioni del testo, addotte da Heffter, Planck, Buchka, Wächter, Savigny, Vangerow, Windscheid, e raccolte da Wieding, Der iustinianeische Libellproceß, Wien 1865, p. 366 sgg.

gré[1]), concordante con indipendenti rilievi del Rotondi[2]), ha dimostrato che l'espressione '*actionem movere*' è bizantina. Questo risultato non potrebbe far dubitare anche dell' espressione '*controversiam movere*' ?

D'altra parte, lo sfacelo della *litis contestatio* nel mondo orientale e nella compilazione giustinianea non potrebbe già di per sè far pensare che l'espressione '*controversia mota*' sia stata posta dai compilatori là dove i giuristi parlavano di '*lis contestata*' ?

I due indizi — lo dico subito — hanno un ben diverso valore.

L'espressione '*controversiam movere*' non può esser ritenuta sospetta per il motivo che compilatoria è l'espressione '*actionem movere*'. I classici l'adoperano in senso generico, invece di '*controversiam facere*', '*controversiam inferre*', in testi che a me sembrano — almeno a questo riguardo — insospettabili.

Così nei seguenti: D. 1, 7, 25 pr.; 5, 4, 10; 13, 7, 43 pr.; 18, 5, 10, 1; 19, 2, 11, 3; 21, 2, 21, 2; 22, 3, 14 (a proposito di questo testo trovo segnalato soltanto un vago sospetto del Fabro); 34, 9, 9, 1; 36, 1, 80, 2; 37, 10, 4; 37, 10, 7, 7; 40, 12, 8 pr.; 40, 12, 24, 2; 40, 12, 39, 1; 42, 1, 15, 4; 42, 1, 15, 6; 44, 2, 30, 1.

L'espressione, adunque, '*controversiam movere*' e — soggiungo anche — le altre simili '*litem movere, quaestionem movere*' non possono assolutamente, per sè prese, essere considerate come indizio di interpolazione.

Ben più grave e veramente decisivo per scoprire l'alterazione dei testi, in cui si trova l'espressione '*controversiam movere*' e le altre simili, è invece il secondo indizio, ricavato dal completo sfacelo che il classico istituto della *litis contestatio* subì nella nuova epoca postclassica e giustinianea. Questo indizio ci può proprio permettere di affermare con certezza che quei testi, in cui dal momento della *controversia mota* si fanno scaturire effetti che, secondo i prin-

[1]) La denominazione di '*actio confessoria*' etc. in Mélanges Girard, 1912, p. 80 n. 5 (estr.).

[2]) *Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, in Ann. dell' Univers. di Perugia, 1913, p. 24 n. 3 (estr.).

cipii procedurali romani, potevano soltanto derivare dal momento della *lis contestata*, sono stati alterati dai compilatori.

III. Dobbiamo ora considerarli, dettagliatamente.

Di essi, alcuni abbiamo già incontrati nelle Note precedenti e per questi non sono che da richiamare le osservazioni critiche già fatte: altri incontreremo per la prima volta, e la particolare indagine esegetica, che intorno ad essi faremo, rassoderà il valore dell' indizio, che già per se stesso nella presente ricerca è guida sicura.

D. 5, 3, 20, 12 (Ulp. l. 15° ad ed.): . . . sed imperator Severus epistula ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus: atquin senatus de his est locutus qui se heredes existimant. [*nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam.*]

L'interpolazione di questo testo, segnalata anche dal Fabro[1]), io ho cercato di dimostrare con piuttosto minuta esegesi. Ecco già un testo, in cui i compilatori fan derivare la prestazione dei frutti o degli interessi dal momento della *controversia mota*, anzichè da quello della *lis contestata*.

Alla interpolazione di questo testo si riallacciano altre interpolazioni, già avvertite dal Messina-Vitrano e riaffermate da me. Ad essa si riallaccia sopratutto quella del fr. 25 § 7 D. 5, 3 (Ulp. l. 15° ad ed.):

> 'Si ante litem contestatam', inquit, 'fecerit': hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, [*quin immo post controversiam motam* . . .].

Abbiamo visto che l'aggiunta '*quin immo post controversiam motam* etc.' è indubbiamente interpolata. Il Messina-Vitrano lo dimostrò con critica molto precisa.

Per quanto riguarda la *hereditatis petitio*, il momento della *lis contestata* è stato sostituito da quello della *contro-*

[1]) Cfr. I Tribonianismi avvertiti da A. Fabro, in De Medio, BIDR.

versia mota anche nel fr. 20 § 11 D. 5, 3 e nel fr. 31 § 3 D. eod.

A mettere in rilievo l'importanza decisiva, che i Giustinianei riconnettono al momento dell' *inizio* della lite, giovano due interessantissimi testi di Papiniano.

D. 34, 9, 17 (l. 13° respons.): Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [*ante motam scilicet controversiam*], si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

D. 34, 9, 18 (l. 15° resp.): Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem [*motam*] percepit, restituere cogendum respondi; quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. post [*motam de tacito fideicommisso controversiam*] ante (?) pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi . . . .

Nel primo dei due frammenti la frase '*ante motam scilicet controversiam*' appare insiticia già per il comodo frequente compilatorio uso del *scilicet*. La sua alterazione è, poi, dimostrata da una ragione sostanziale. Il giureconsulto distingue tra il caso in cui l'erede *scientemente* non vendicò il defunto e il caso in cui non provvide a vendicarlo *ignoratione facti*. Nel primo caso la sua mala fede è manifesta e, come il possessore di mala fede di una eredità, è tenuto alla prestazione dei frutti: *fructus omnes* — dice il giureconsulto — alludendo anche ai frutti che poteva e trascurò di percepire. Nel secondo caso l'erede è trattato, a proposito dei frutti, come il possessore di buona fede di una eredità:

> *Deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum . . . si ratio fructuum subducatur.*

Ora, quale è la condizione del possessore di buona fede di una eredità? L'indagine del Messina-Vitrano e le mie ulteriori osservazioni critiche la hanno ormai rischia-

rata completamente. Il possessore di buona fede di una eredità, come risulta da testi giuridici pervenutici fuori della compilazione giustinianea (C. greg. 3, 5, 1) e da testi riferiti in questa compilazione senza appositi adattamenti e ritocchi (C. iust. 3, 31, 1, 1) faceva nel diritto romano suoi i frutti percepiti prima della *litis contestatio* ed era tenuto a restituire soltanto quelli percepiti dopo questo decisivo momento.

La frase, pertanto, '*ante motam scilicet controversiam*' non può essere romana, perchè la buona fede nel diritto romano è distrutta dalla *contestatio litis*, non dalla *mota controversia*. La frase è giustinianea e si richiama a tutte le conformi alterazioni eseguite dai Giustinianei nel campo della *hereditatis petitio*, come anche in questa Nota io ho già avuto occasione di segnalare.

Le stesse considerazioni sono più che sufficienti per far ritenere che nel successivo fr. 18 di questo titolo il giureconsulto anzichè 'ante litem *motam*' scriveva 'ante litem *contestatam*'.

Nel fr. si dice che colui, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, è costretto a restituire anche i frutti, quos ante litem *motam* percepit, *quod bonae fidei possessor fuisse non videtur*.

La motivazione dimostra la interpolazione. Il possessore di buona fede di una eredità resta tale — secondo i classici principii romani — fino al momento della 'lis *contestata*'; non soltanto fino al momento della 'lis *mota*'. Resta possessore di buona fede soltanto fino al momento della lis *mota* nell' epoca giustinianea, come le già segnalate interpolazioni, eseguite nel campo della *hereditatis petitio*, dimostrano nel modo più chiaro.[1])

Tenendo presenti quelle interpolazioni, non è neppur necessario che io insista nel dimostrare l'origine giusti-

---

[1]) Non sfuggirà ad alcuno che il fr. 17 e il fr. 18 pr. D. 34, 9 sono, per un irresistibile argomento *a contrariis*, favorevoli alla mia tesi che anche il possessore di buona fede di una eredità faceva suoi nel diritto romano classico i frutti, così come suoi li faceva il possessore di buona fede di una cosa singola. Cfr. E. Albertario, La responsabilità del b. f. possessor fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti, in BIDR., 1914.

nianea della '*mota de tacito fideicommisso controversia*', che incontriamo nel periodo successivo di questo stesso frammento.

Un testo, conservante pure — a mio avviso — la chiara traccia di alterazioni giustinianee è il fr. 41 D. 35, 2 (Paul. l. 9° ad ed.):

> Dolo carere non videtur, si iam *mota* quis *controversia hereditatis* legata sine cautionibus det.

In questo testo si afferma doloso l'agire dell' erede che '*mota* controversia hereditatis' presta i legati sine cautionibus.

A mio avviso, l'affermazione non può essere classica. Il comportamento dell' erede non poteva nel diritto romano diventare doloso, cioè di mala fede, in un momento anteriore alla *contestatio* litis: semplicemente '*mota* controversia hereditatis'. L'alterazione di questo testo, insomma, appartiene al novero di quelle alterazioni già eseguite nel titolo *De hereditatis petitione* (D. 5, 3) e nel titolo *De his quae ut indignis auferuntur* (D. 34, 9).

Ma, oltre questa considerazione generale, già, secondo me, decisiva, a far ritenere l'alterazione del fr. citato giovano altri rilievi. La frase '*dolo carere*' è frase sospetta. Anche chi non è disposto ad approvare l'affermazione del Beseler[1]), il quale ritiene che i 36 frammenti del Digesto, in cui questa frase è adoperata, 'wohl sämtlich interpoliert sind'[2]), non può negare che, per quanto poco frequente nelle costituzioni giustinianee, e per quanto usata ad es. da Cicerone (il che non sfuggì allo stesso Beseler)[3]), essa sia parecchie volte certamente interpolata.[4])

E, se la frase '*dolo carere*' non è, per regola, un indizio decisivo della alterazione di un testo, qui nel fr. citato, dove l'alterazione è dimostrata — o, almeno, resa molto

---

[1]) Beiträge 1, 47.

[2]) Contro il Beseler v. infatti Berger, Krit. Vierteljahrsschrift 1912 p. 418. Della stessa opinione del Beseler è invece Schulz, Grünhuts Zeitschr. 1911, 38, p. 45 n. 103a. [3]) Beiträge 1, 47.

[4]) Così D. 9, 2, 27, 11: '*culpa careret*' manca nel passo parallelo inserito nella *Collatio*; 19, 2, 11, 3 (Eisele-Krüger); 44, 4, 4, 31 (Longo-Krüger).

verosimile — dalla considerazione generale già fatta, essa concorre ad aggravare il sospetto che il testo di Paolo sia un rimaneggiamento dei compilatori.

Ciò, tuttavia, che dimostra la interpolazione, è una osservazione assai più grave.

La condizione dell' erede, che presta i legati sine cautionibus, è discussa, per il caso di evizione dell' eredità, nel fr. 17 D. 5, 3 (Gai. l. 6° ad ed. prov.), che qui importa riferire:

> Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, [*licet*] damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi', [*attamen quia fieri potest, ut eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem.*]

Ma il Ferrini ha dimostrato all' evidenza[1]) che il testo gaiano doveva decidere il punto in tutt' altro modo, e cioè nel seguente:

> Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.

Il Ferrini, in altre parole, ha dimostrato che soltanto i compilatori giustinianei distinguono tra il caso in cui l'erede presti i legati quando '*adhuc nulla controversia mota sit*' e il caso in cui li presti '*mota controversia hereditatis*'. Gaio non si preoccupava affatto della circostanza se una controversia intorno all' eredità c'era o non c'era. Gaio in modo assoluto decideva:

> *damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.*

---

[1]) Note critiche ed esegetiche, in BIDR., 14, 1903.

Ora, non può esser dubbio che il riguardo alla '*controversia mota*', che troviamo nel fr. 41 D. 35, 2 di Paolo, può solo appartenere a quei compilatori, che già lo introdussero nel fr. 17 D. 5, 3, appartenente a Gaio.

Un testo interessantissimo, nel quale più volte i compilatori fanno scaturire dall' inizio della lite effetti, che non potevano da esso scaturire secondo i principii procedurali romani, è il fr. 4 D. 35, 3 (Paul. l. 75° ad ed.):

> Haec autem satisdatio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis, cum possint ei lusoriae minae fieri: ideoque eam rem praetor ad cognitionem suam revocat. § 1 Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod eiusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis. § 2 Haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat. [*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpae nomine.*]

È un testo richiamantesi, come chiaramente si vede, al fr. 41 D. 35, 2 e al fr. 17 D. 5, 3, or ora veduti. Il richiamo è così limpido e preciso, che la dimostrazione della interpolazione, addotta pei due testi già considerati, può giovare anche per quello sottoposto ora al nostro esame.

Se non che, sopratutto in questo testo, l'alterazione giustinianea è, per indizi formali, evidente.

Il principio del fr. avverte:

> Haec autem satisdatio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis.

Il Mommsen sente la necessità di intercalare alcune parole. Il Mommsen, infatti, legge:

> nam iniquum erat omnimodo caveri nondum illata controversia *heredi et etiam mota controversia* litis, cum possint ei lusoriae minae fieri.

L'intercalazione è — non occorre insistervi — affatto arbitraria: troppo facilmente il grande editore fu portato a suggerire intercalazioni ed emendazioni!

Io mi limito a rilevare che l'espressione '*nondum illata controversia litis*' è, per la presenza del genitivo '*litis*', un' espressione inverosimile. Si può dire '*nondum illata controversia*' come si può dire '*nondum illata lite*', ma un' espressione così stranamente combinata 'nondum illata controversia litis' è — lo ripeto — inverosimile che possa derivare dalla penna di un giurista. Anzi, vado più in là e dico impossibile che questa espressione possa essere stata *scientemente* introdotta nel testo dai compilatori.

Come si spiega l'inverosimile espressione? In un modo, a mio avviso, semplicissimo.

Il testo classico diceva:

> nam iniquum erat omnimodo caveri *ante contestationem litis* . . . . . .

I Giustinianei interpolarono:

> nam iniquum erat omnimodo caveri *nondum illata controversia* . . . . . .

e, nell' interpolare, non cancellarono o male cancellarono la parola '*litis*', per modo che il copista scrisse la strana espressione '*nondum illata controversia litis*': espressione confusa per la fusione di due espressioni diverse!

Lampante è anche l'interpolazione eseguita nel § 2.

L'ultimo inciso di questo paragrafo '*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpae nomine*' risulta così visibilmente una appiccicatura, che mi sembra di non dover insistere nel fare ulteriori considerazioni. L'interpolazione di questo inciso è — d'altronde — resa manifesta dall' interpolazione eseguita nel principio di questo stesso testo[1]) e — anche — dalle altre interpolazioni eseguite nel fr. 41 D. 35, 2 e nel fr. 17 D. 5, 3.

IV. V' ha un testo, in cui, anzichè l'espressione '*controversiam movere*', è adoperata l'espressione '*querellam mo-*

[1]) Il Mommsen è d'avviso che il § 2 sia tolto da un altro autore. La cosa è probabile: certo è che in esso i compilatori ripetono la interpolazione eseguita nel pr.

vere': anch' essa, a mio avviso, di origine compilatoria sicura. È il fr. 6 § 2 D. 5, 2 (Ulp. l. 14° ad ed.):

> Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. [*et si non si petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.*]

A me non par dubbio che il periodo '*et si non sit petita bonorum possessio* etc.' appartenga ai compilatori.

Tra il responso di Papiniano e l'opinione che i compilatori fanno figurar di Ulpiano esiste un contrasto nettissimo. Per il primo la *querella inofficiosi* trapassa soltanto all' erede di colui che *post adgnitam bonorum possessionem decesserit:* per il secondo trapassa perfino all' erede di chi muore *cum venit ad movendam inofficiosi querellam.*

Ora, è mai possibile che Ulpiano non si preoccupasse di staccare anche formalmente la propria singolare opinione da quella di Papiniano, che era tenuta ferma da parecchi rescritti e che certamente era dominante fra i giuristi? Perchè, in altre parole, Ulpiano si avvia a manifestare il proprio avviso con un semplice, incoloro, niente avversativo *et si*? E perchè, mentre prima Papiniano parla di '*adgnita* bonorum possessio', Ulpiano parlerebbe poi di '*petita* bonorum possessio'? E perchè è adoperato il *vel* in due diversi significati?[1]) E che bella frase latina è 'vel si *cum venit ad movendam* inofficiosi querellam decessit'?[2])

V. Ho, così, elencati o considerati tutti i testi delle Pandette, in cui si incontra l'espressione '*controversiam movere*': elencati quelli, in cui l'espressione non indica pre-

[1]) '. . . coepta controversia *vel* praeparata, *vel* si cum venit ad movendam inofficiosi querellam, decessit.' Il secondo *vel*, checchè ne pensi il Wieding (op. cit. p. 361), altro non fa che portare un pratico esempio di '*controversia coepta vel praeparata*'.

[2]) Il successivo fr. di Paolo dalle parole '*quid ergo*' sino alla fine è interpolato, come già vide il Fabro, il quale ritiene pure sospetto tutto quanto il fr.

cisamente *l'inizio* della lite, da cui scaturiscano determinati effetti procedurali, e nei quali — quindi — è verosimilmente classica: considerati quelli, in cui l'espressione indica proprio il *momento iniziale* della lite, dal quale la nuova legislazione fa dipendere effetti, che nel periodo classico della procedura romana era capace di produrre soltanto — necessario prodotto della sua struttura — la *litis contestatio*.

Sarebbe stato interessante completare l'indagine con lo studio dei testi, in cui, anzichè l'espressione '*controversiam* movere', si trovano le espressioni '*litem* movere' o '*quaestionem* movere' o, anche, '*accusationem* movere'.

L'indagine sarebbe stata più completa ed, anche, sarebbe riuscita più determinata e più precisa. Ma, pur troppo, il Vocabularium iurisprudentiae romanae non è giunto a tal punto da permettere di proseguire agevolmente questa interessante indagine e, sopratutto, gli altri miei studii in corso non mi permettono di *descriver fondo* all' istituto della *litis contestatio*, del quale la tarda evoluzione della procedura romana conserva una pallida ombra evanescente. Per questo, ho anche ristretto la mia indagine ai testi delle Pandette: non ho desiderato estenderla ai testi — fra i quali, molti luminosi — del Codice.

Ripeto che io in questa Nota e nelle precedenti, riferentisi a questo stesso punto, ho cercato di lumeggiare un cammino: non ho preteso di compierlo. Se altri lo vorrà compiere, o se io stesso avrò la fortuna di compierlo nell' avvenire, ho il fermo convincimento che verrà fatta una indagine delle più profittevoli e delle più sicure.

I testi, lasciati ora da parte, son molti, e tutti degni di una diligente ricerca. Su essi il nuovo organismo procedurale si riflette limpidamente.

Mi contento di un esempio.

Il fr. 20 D. 48, 2 (Mod. l. 2° de poen.) avverte:

> Ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam lis contestata [*et condemnatio*] fuerit [*secuta*]: excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri

placuit, ut bona eorum fisco vindicentur, adeo ut Divus Severus et Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. [*Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*]

È un testo, che dimostra splendidamente come la *litis contestatio* sia nel nuovo ordinamento della procedura postclassica un momento irrilevante: che dimostra splendidamente come i momenti rilevanti siano ora o quello della *condemnatio* o quello della *conventio*.[1])

L'intercalazione giustinianea delle parole '*et condemnatio secuta*' è dimostrata dalla menzione della 'lis contestata'. Dato che le 'poenae bonorum ademptionis' passano agli eredi se '*condemnatio* fuerit secuta', perchè mai ricordare la *litis contestatio*? Gli è che Modestino decideva non altrimenti passare quelle pene agli eredi *quam lis contestata fuerit*: i Giustinianei decidono il loro passaggio dopo il momento della *condemnatio* e, anzichè *sostituire* 'condemnatio' a 'lis contestata', *soggiungono* a questa la prima.

E tanto vero che '*et condemnatio secuta*' sono parole interpolate, che nel seguito del testo Modestino non accenna a 'mortuis reis *condemnatis*' ma semplicemente a 'mortuis reis, *cum quibus nihil actum est*'. Ciò vuol dire che Modestino nel principio del testo affermava il passaggio di quelle pene agli eredi dopo la *lis contestata* non dopo la *condemnatio secuta*!

L'origine compilatoria, poi, del periodo finale '*Et ceteris vero delictis* etc.', in cui si riconosce efficacia al momento dell' *accusatio mota* anzichè a quello della *condemnatio* (il momento tipico romano della *litis contestatio* è — si avverta bene — completamente perduto di vista), mi sembra

---

[1]) Ciò avvertì bene anche il Rotondi nel suo interessantissimo studio sulle 'Teorie postclassiche sull' a. legis aquiliae' (in Ann. dell' Univ. di Perugia, a. 1914 p. 28 [estr.]) scrivendo: 'Il momento della *litis contestatio*, che era decisivo per la litiscrescenza classica, perde ormai la sua importanza, la quale ora si posticipa al momento della *condemnatio* o addirittura della *solutio*, ora invece si anticipa al momento della *conventio*.

anch' essa sicura. Gli indizi sono addirittura rigurgitanti: notisi, ad es., l'indeterminatezza dell' espressione '*ex ceteris delictis*'[1]: l'incongruenza dell' *ita demum*, in quanto il passaggio della pena agli eredi in questi delitti semplicemente '*si vivo reo accusatio mota est*' aggrava la loro condizione assai più che se fosse richiesta, come nei delitti, ricordati prima, la *condemnatio* del reo; il *licet* costruito coll' indicativo (*licet non fuit*!).

VI. La conclusione è che nel mondo orientale, nella procedura dell' epoca giustinianea, la *litis contestatio* è ormai un nome: niente più che un nome. La *conventio* genera nella procedura della nuova epoca gli effetti di cui prima solamente la *litis contestatio* era capace: questa, per la sua stessa fondamentale struttura; quella — come già avvertii — per statuizione legislativa.

Μότα κοντροβερσία, ὑπόμνησις, προκάταρξις traducono solitamente '*mota controversia*' la prima; '*conventio*' la seconda; '*lis contestata*' la terza. Ma una differenza sostanziale tra le varie espressioni non c'è: ed esse si scambiano, a volte, tra loro in modo affatto indifferente. Così *προκάταρξις*, che traduce solitamente '*lis contestata*', traduce qualche volta '*mota controversia*'. Basta, per questo, confrontare i ffr. 17 e 18 D. 34, 9 e la loro versione greca, che i Basilici presentano.

D. 34, 9, 17:	Heimb. 5, 810:
Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [*ante*	*Ὁ κληρονόμος εἰδὼς ἀνῃρῆσθαι τὸν διαθέμενον καὶ μὴ διεκδικῶν αὐτόν, καὶ τοὺς καρποὺς ἀποκαθίστησι, καὶ τὰς συγχυθείσας ἀγωγὰς οὐκ ἀνακτᾶται. εἰ μέντοι ἠγνόησε, τὰ τοῦ καλῇ πίστει νομέως ἔχει δίκαια, καὶ καρποὺς τοὺς ἕως προκατάρξεως οὐκ ἀπαιτεῖ-*

[1]) Indeterminatezza, che ha fatto nascere varie interpretazioni: cfr. Wieding, op. cit.

motam scilicet controversiam], si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

ται, καὶ τὰς ἀπολλυμένας ἀγωγὰς ἀνακτᾶται.

D. 34, 9, 18 pr.:

Eum, qui tacitum fideicommissum etc.

Heimb. 5, 810:

Ἐπὶ τῶν μὴ δυναμένων δοθῆναι ληγάτων, καὶ οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποὶ ἀποδίδονται τῷ δημωσίῳ.

E la '*mota controversia*' traduce pure con *προκάταρξις* uno scolio al fr. 17 cit.: *Διὰ τί* — si domanda lo scoliaste — *ὅλως ἀγνοήσας ἀφαιρεῖται τὴν κληρονομίαν, ἢ τοὺς μετὰ προκάταρξιν καρποὺς δίδωσιν;*

Le fonti bizantine, insomma, se prevalentemente traducono con *προκάταρξις* la romana '*lis contestata*', non serbano a questo istituto — ormai spento — quel nome in modo esclusivo. Dire *πρὸ τῆς προκατάρξεως* — cioè: ante litem contestatam — o *πρὸ τῆς δίκης* — cioè: ante litem — è per i Bizantini (cfr. Heimb. 5, 810) la stessa cosa. Pure la stessa cosa è per essi dire *μετὰ μόταν κοντροβερσίαν* — cioè: post motam controversiam — o *μεθ' ὑπόμνησιν* — cioè: post conventionem — o dire invece *μετὰ προκάταρξιν*.

Finisco, come ho incominciato.

I numerosissimi testi del Corpus iuris, che ancora serbano la menzione della *litis contestatio*, sono l'eco della storia. Gli effetti, che la *litis contestatio* nel diritto romano classico inevitabilmente produceva per la sua stessa organica struttura, produce ora nel diritto romano giustinianeo — per esplicita dichiarazione del nuovo legislatore — la *lite*. Se l'espressione romana 'litis contestatio' è conservata, l'istituto romano è spento. Il Brachylogus iuris civilis, che riproduce con tanta esattezza le dottrine orientali, per l'appunto avverte (IV, 13, 1): *Principium* vero litis est litis contestatio!

Miszellen.

[Septemviralia iudicia.] Nach dem index Florentinus gehörte zu den bei der Komposition der Digesten benützten Schriften auch ein liber singularis de septemviralibus iudiciis von Paulus, und diese Schrift findet sich in der Inskription dreier Fragmente des Titels de inofficioso testamento: 7, 28, 31. Hierzu hat Haloander die in der Tat sehr naheliegende Konjektur aufgestellt: de centumviralibus iudiciis. Mommsen in seiner großen Digestenausgabe bemerkt zu der Inskription der zitierten l. 7: „sic infra quoque est l. 28. 31 et in indice auctorum: fuitne de centumviralibus (Hal.)?“ und auch im index Florentinus ist in dieser Ausgabe hinter das Wort centumviralibus in der adnotatio critica ein Fragezeichen gesetzt. Dagegen in der kleineren Digestenausgabe (auch in der von P. Krüger besorgten von 1908) ist bei den drei oben verzeichneten Fragmenten zu der Inskription einfach notiert: de centumviralibus Hal. ohne Fragezeichen, was doch wohl so zu verstehen ist, daß der Herausgeber sich dieser Konjektur anschließt; daß dies wirklich der Fall ist, wird dadurch außer Zweifel gesetzt, daß in dem index auctorum bei dem liber singularis de septemviralibus iudiciis als textkritische Anmerkung einfach steht: de centumviralibus scr. Ganz ebenso, wie die kleinere Mommsensche Digestenausgabe, verhält sich in diesem Punkt die Mailänder Oktavausgabe der Digesten vom Jahr 1908.

Bei der trümmerhaften Überlieferung des klassischen römischen Rechts ist es dringend geboten, auch die kleinsten Spuren zu beachten, und sie, wenn man auch augenblicklich nichts damit anzufangen weiß, wenigstens einem künftigen Verständnis zu erhalten; hier stehen wir vor der wenig erfreulichen Erscheinung, daß man sich bemüht, eine solche Spur zu beseitigen.

In meiner Abhandlung über die querela inofficiosi (in dieser Zeitschrift Bd. 15 S. 283f.) habe ich die iudicia septemviralia in Verbindung gebracht mit der Kognitionsquerel, deren Aufdeckung den Hauptinhalt jener Abhandlung bildet. Seckel hält in Heumanns Handwörterbuch s. v. septemviralis diese Hypothese für wahrscheinlich, auf alle Fälle aber das Wort septemviralibus für echt. Dagegen meint Girard, der sich übrigens zu den Resultaten meiner Abhandlung im allgemeinen nicht ablehnend verhält, in seinem manuel élémentaire

(5. Aufl.) p. 868 Note 2: „il y a plus probablement là une corruption de centumviralibus"; er zitiert dabei nur die drei Digestenfragmente, in deren Inskription das Wort begegnet. Demgegenüber möchte ich, da die kurzen hierauf bezüglichen Bemerkungen in der zitierten Abhandlung S. 284 vergeblich gewesen sind, dartun, daß die Haloandersche Konjektur zu verwerfen ist, ganz gleichviel, ob man die Beziehung, die ich den septemviralia iudicia zur Kognitionsquerel gegeben habe, annimmt oder nicht; sie ist zu verwerfen aus rein textkritischen Gründen.

Der Tatbestand ist dieser: In allen 4 Stellen ist die handschriftliche Überlieferung dieselbe, und die Handschrift, die in erster Linie in Betracht kommt, der codex Florentinus, ist eine anerkannt gute; eine abweichende Lesart in einer andern Handschrift findet sich übrigens gar nicht vor. Daraus ergibt sich nach unbestrittenen textkritischen Grundsätzen, daß man diese handschriftliche Überlieferung zu respektieren hat, es wäre denn, daß zwingende Gründe vorliegen für die Annahme, daß der überlieferte Text nicht richtig sein kann. Nun handeln die drei Fragmente mit der angezweifelten Inskription von querela inofficiosi, und wir wissen, daß das Centumviralgericht über lieblose Testamente judiziert hat. Ist das ein genügender Grund zu der Annahme, die Inskription de septemviralibus iudiciis könne unmöglich richtig sein? Ganz sicherlich nicht! Ein solches Urteil wäre erst dann gerechtfertigt, wenn wir sicher wüßten, daß in klassischer Zeit nur das Centumviralgericht über lieblose Testamente geurteilt hat. Das wissen wir aber nicht. Wir wissen es nicht nur nicht, sondern es sprechen sehr erhebliche, u. E. zwingende Gründe dafür, daß neben den Centumvirn noch ein anderes Gericht nötig war, um den Anforderungen, welche im Anschluß an die Änderungen im Erbrecht in bezug auf den Schutz gegen lieblose Testamente zu stellen waren, gerecht zu werden.[1])

Wir sind der Meinung, daß hiermit die Sache erledigt sei, und daß Mommsen recht hatte, als er der Konjektur Haloanders ein Fragezeichen hinzufügte. Wir wollen jetzt aber noch überlegen, ob und wie man es etwa plausibel machen kann, daß aus centumviralibus, welches im Text gestanden haben soll, septemviralibus geworden sei.

Die Änderung könnte mit Bewußtsein und Absicht vorgenommen sein, im Sinn einer Korrektur einer vermeintlich falschen Lesung in der Vorlage des Florentinus oder einer älteren Handschrift. Wie in aller Welt hätte aber der Korrektor dazu kommen sollen, ein ihm vorliegendes centumviralibus für falsch zu halten? „Weit eher würde man erwarten dürfen, daß ein Abschreiber, der septemviralibus vorfand und von den centumviri etwas wußte, zur Bewährung seiner bessern Einsicht centumviralibus korrigiert hätte."[2]) Ganz dasselbe

[1]) Vgl. meine zitierte Abhandlung S. 266f.
[2]) Meine zitierte Abhandlung S. 284.

wäre zu sagen, wenn man unterstellen wollte, die Korrektur sei von dem Kompilator vorgenommen worden, welcher in dem ihm zur Verfügung gestellten Exemplar des betreffenden liber singularis von Paulus das Wort de centumviralibus iudiciis fand.

Eine zweite denkbare Möglichkeit wäre die, daß das Wort septemviralibus durch ein bloßes Versehen des Abschreibers statt centumviralibus gesetzt worden sei! Bei Schreibversehen ist es aber gewöhnlich so, daß das, was dasteht, eine unmögliche Wortbildung ist, oder keinen annehmbaren Sinn gibt. Septemviralia ist aber eine tadellose Wortbildung und hat einen guten Sinn. Daß dieses Wort an die Stelle von centumviralia aus Versehen einmal gekommen sei, könnte man sich am Ende noch gefallen lassen; daß es aber durch Versehen in die Inskription von drei Fragmenten und außerdem noch in den index Florentinus gekommen sein sollte — nein! mit dieser Zumutung wolle man uns doch verschonen!

Haloanders Konjektur ist so naheliegend, daß wohl jeder, der vom Centumviralgericht und seiner Kompetenz etwas weiß, zunächst einmal darauf verfallen wird; genauer besehen ist sie aber ein gründlicher textkritischer Hereinfall.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Exceptio „si ea res in iudicio non est".] In der lex agraria vom Jahre 643 Z. 38 lesen wir[1]):

> (de ea re iudicare iubeto) quae res soluta non siet, inve iudicio non siet, iudicatave non siet quod eius praevaricationis causa .... facta non siet.

Dazu hat Mommsen C. I. L. I. p. 95 bemerkt: exceptiones esse ... facile apparet. Recensentur solutionis, rei in iudicium deductae, rei non per praevaricationem iudicatae exceptio.

Daß diese Stelle wohl nicht von exceptiones, sondern von praescriptiones pro reo spricht, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden; zweifellos ist, daß von einer praescriptio quae res in iudicio non est mit Sicherheit auf eine exceptio si ea res in iudicio non est geschlossen werden kann.

Ich habe nun (in der zitierten Abhandlung S. 22ff.) entgegen der Bemerkung Mommsens ausgeführt, daß mittelst der (praescriptio oder) exceptio (quae res oder) si ea res in iudicio non est nicht Konsumtion sondern Rechtshängigkeit geltend gemacht werde, daß ferner diese exceptio bestimmt und geeignet ist, einen Übelstand, der bei den iudicia quae imperio continentur eintreten kann, einigermaßen zu kompensieren. Da hier nämlich die Konsumtion erst durch Urteil erfolgt, so kann der Kläger, wenn er Abweisung in diesem iudicium

---

[1]) Wir dürfen so sagen, obwohl ein Teil der hier in Betracht kommenden gesperrt gedruckten Worte restituiert ist, da die Restitution völlig sicher ist, vgl. meine Abh. z. röm. Zivilprozeß S. 20.

befürchten zu müssen glaubt, den Prozeß liegen lassen und es mit einer neuen Klage bei einem andern iudex versuchen, wie dies durch Cic. pro Flacco 21, 50 bewiesen wird.[1]) Dieser Übelstand wird nun durch unsre exceptio insofern etwas gemindert, als der Kläger mit Erhebung der neuen Klage warten muß, bis das anhängig gewordene iudicium erloschen ist, in der Regel also, bis der Magistrat, der es eingesetzt hat, abgetreten ist.

Neuerdings ist nun diese exc° si ea res in iudicio non est von zwei der bedeutendsten Romanisten wieder als gleichbedeutend mit der exc° rei in iudicium deductae hingestellt worden. Lenel sagt in seinem edictum perpetum (2. Aufl.) S. 489 Note 3 in bezug auf die von ihm als Regel behauptete Zusammenkoppelung der exc° rei iudicatae und in iudicium deductae in der Formel: „ob dies von jeher in der gleichen Form geschah, wissen wir nicht. In der lex agraria von 643 lin. 38 findet sich, worauf Eisele hingewiesen hat[2]), die Wendung: quae res soluta non siet inve iudicio non siet iudicatave non siet“; Girard textes (4me éd.) p. 169 Note 9 bemerkt zu den Worten in iudiciumve (sic) deducta non est: „vestiges d'une rédaction plus ancienne loi agraire de 643 ligne 38“.

Es würde mir nicht übel passen, mich zu dieser Ansicht zu bekehren. Ich würde damit ein gutes Argument gegen die Einheit der exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae gewinnen; denn in der Fassung des Gesetzes erscheint die exceptio, die danach exc° rei in iudicium deductae sein soll, so deutlich als möglich als eine den beiden andern Defensionen koordinierte und von ihnen getrennte. Es ist durch die Ausdrucksweise des Gesetzes völlig ausgeschlossen, die erste der drei Defensionen als eine für sich bestehende, die beiden anderen dagegen als zusammen eine Einheit bildende sich zu denken. Allein ich sehe mich außerstande, mir dieses Argument anzueignen. Aufs nachdrücklichste muß ich betonen, daß es sprachlich unmöglich ist, die exc° si ea res in iudicio est mit der exc° rei in iudicium deductae zu identifizieren, es wäre denn, daß man dem Manne, der den Text der lex agraria verfaßt hat, eine ganz unverzeihliche Nachlässigkeit in der Redaktion zutraut; dazu hat man aber nicht den mindesten Grund, denn dieses Gesetz ist, wie überhaupt die römischen Gesetze der guten Zeit, mit peinlicher Genauigkeit redigiert.[3])

Sobald man sagen kann: „res est in iudicio“, ist allerdings auch die Aussage: „res in iudicium deducta est“ zutreffend, denn sie kann in iudicio nicht sein, ohne in iudicium deduziert worden zu sein; aber die Aussage „res in iudicium deducta est“ ist und bleibt wahr, auch wenn die res längst nicht mehr in iudicio ist, weil dieses durch Urteil beendigt oder sonst erloschen ist. Daß durch den Ausdruck res in

---

[1]) Meine Abh. z. röm. Zivilprozeß S. 16.

[2]) Daß ich die Worte der lex agraria auf Rechtshängigkeit beziehe, erhellt aus dieser Verweisung nicht.

[3]) Lenel spricht mit Recht von der „unendlichen Sorgfalt, mit der die Römer alle ihre Wortformeln abgefaßt haben“ (diese Ztschr. 24 S. 334).

iudicio est die Rechtshängigkeit so kurz und treffend als möglich bezeichnet wird, kann wohl nicht bestritten werden. Er bezeichnet einen Zustand; der Ausdruck res in iudicium deducta est dagegen ein Ereignis, an welches sich Konsumtion knüpft.

Das alles habe ich in meiner zitierten Abhandlung S. 23 ausgeführt. Man darf eine Erklärung erwarten, warum ich nochmals auf die Sache zurückkomme. Einmal lege ich Wert darauf, das früheste Vorkommen der Einrede der Rechtshängigkeit entdeckt, d. h. erkannt zu haben, daß bei der in Rede stehenden exceptio der lex agraria es sich um Rechtshängigkeit handelt. Man wird es verzeihlich finden, daß es mir nicht gleichgiltig ist, wenn diese Erkenntnis, ohne irgendwelchen Versuch einer Widerlegung, nun durch Stillschweigen begraben werden würde. Wichtiger aber ist für mich folgendes, worauf ich erst jetzt aufmerksam geworden bin. Eine Einrede si ea res in iudicio non est als Einrede der Rechtshängigkeit hat neben der exceptio rei in iudicium deductae gar keinen Sinn, weil sie vollständig überflüssig sein würde; denn die letztere umfaßt alle Fälle, wo res in iudicio est und außerdem alle die, wo sie in iudicio irgend einmal gewesen ist. Hat es also eine exceptio gegeben, mittelst deren Rechtshängigkeit geltend gemacht wurde, so ist dies ein völlig ausreichender Beweis dafür, daß es ein Gebiet gegeben haben muß, in welchem Konsumtion nicht durch Begründung des Prozeßverhältnisses, sondern nur durch Urteil stattfand, wie wir denn in dem zitierten Passus der lex agraria nur die res iudicata vorfinden. Daß dies Gebiet aber das der iudicia quae imperio continentur war, glaube ich a. a. O. durch Quellenzeugnisse und aus inneren Gründen jedenfalls für die vorklassische Zeit nachgewiesen zu haben.

Es ist vielleicht angezeigt, noch mit ein paar Worten des Gaius von Autun zu gedenken.[1]) Dort finden wir IV, 110 folgendes:

> ... opponitur exceptio rei in iudicium, hoc est si adhuc pendet iudicium ... um deductae, si iudicata in legitimo iudicio, rei iudicatae ....

Offenbar ist hier der Tatbestand der Litispendenz mit der exc. rei in iudicium deductae in eine gewisse Verbindung gebracht. Der Mann von Autun sagt aber nicht, es gebe eine exceptio si adhuc iudicium non pendet und diese sei gleichbedeutend mit der exc. rei in iudicium deductae — und wenn er es sagte, würden wir es ihm nicht glauben, da wir wissen, daß es nicht wahr sein kann. Vielmehr hat ihm folgender Gedanke vorgeschwebt: solange Urteil noch nicht ergangen ist, findet exc. rei in iudicium deductae statt. Daß er das ungenau so ausdrückt: si adhuc iudicium pendet, indem er an solche Fälle nicht denkt, in denen das iudicium zu Ende geht, ohne daß ein Urteil erlassen wird, ist ein Versehen, das einem Mann seines Schlages ebensowohl zuzutrauen als zu verzeihen ist.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[1]) Vgl. übrigens diese Ztschr. 21 S. 56.

[**Zu D. 16, 1, 22.**] In dieser Zeitschrift Bd. 30 S. 119f. habe ich zu begründen versucht, daß in dem in Frage stehenden Digestenfragment die Worte vel expromittat interpoliert seien. Als Grund habe ich angeführt: einmal, daß die Entscheidung dann, wenn die Frau sich zur expromissio verpflichtet hätte, doch gar zu selbstverständlich sein würde; sodann, daß das Wort eam, welches in Verbindung mit solvat auf das der Frau übergebene Geld geht, in Verbindung mit expromittat notwendig etwas anderes bedeuten müßte, nämlich eine entsprechende Geldsumme.

Der erste dieser Gründe wird sich nicht halten lassen. Wenn eine Frau ein Mandat übernimmt zu einem Akt, der sich als Interzession darstellt, so versteht es sich keineswegs von selbst, daß dieses Mandat sie obligiert und sie folglich, wenn sie in Ausführung des Mandats expromittiert, der Hilfe des Sct. Velleianum nicht teilhaftig werden kann, weil sie nur eine ihr obliegende Verbindlichkeit erfüllt habe. Es scheint mir vielmehr zweifellos zu sein, daß der Klage aus einem derartigen Mandat die exceptio Scti Velleiani entgegengesetzt werden könnte; contra Sctum factum ist doch wohl nicht nur dann, wenn die Frau interzediert, sondern auch dann, wenn sie sich verpflichtet, zu interzedieren. Wäre in dem dem Paulus (Pomponius) vorliegenden Tatbestand ein Mandat, zu expromittieren, enthalten gewesen, so konnte er an der Frage nicht vorbeikommen, ob nicht schon in der Übernahme eines solchen Mandates eine Interzession liege. Er wäre dann allerdings gleichwohl zu der Entscheidung gekommen, locum non esse senatus consulto, aber die Begründung hätte ganz anders ausfallen müssen. Nämlich so: das Sct. findet deshalb keine Anwendung, weil die Frau dadurch, daß ihr der Schuldner das Geld gegeben hat, gedeckt ist, sowohl für den Fall, daß sie den Gläubiger bezahlt, als für den Fall, daß sie expromittiert. In einem ganz ähnlichen Fall, wo die Interzession der Frau vorausgeht und Deckung durch Zahlung des Schuldners an sie nachfolgt, entscheidet Julian l. 16 pr. h. t.: exceptio senatusconsulti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum eam iam habeat.

Es ergibt sich: bleiben die Worte vel expromittat im Tatbestande, so ist zwar die Entscheidung nicht zu bemängeln, die Begründung aber paßt gar nicht; sie paßt dagegen sehr gut (a. a. O. S. 120), wenn wir die angegebenen Worte als interpoliert wegdenken. Die Interpolations-Annahme bleibt sonach bestehen.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[**Pronuntiation und Judikat.** Zu G. Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, II. Heft, S. 139ff.] Es ist nicht zu bezweifeln, daß in manchen der hier zusammengetragenen Stellen die Kompilatoren die Worte pronuntiare, pronuntiatio durch iudicare, iudicatum ersetzt haben. Dagegen bin ich ganz entschieden

der Meinung, daß man nicht sagen konnte rem pronuntiare und folglich auch nicht exc° rei pronuntiatae. Man kann sagen rem iudicare und exc° rei iudicatae, weil da nicht nach dem Inhalt des Urteils, sondern nur nach seinem Dasein gefragt wird; bei dem pronuntiare dagegen fragt man stets nach dem „Was?" So auch Mitteis (d. Zeitschr. 33 S. 209), obwohl er — bis auf weiteres wenigstens — an der sog. positiven Funktion der exc° rei iudicatae festhalten zu wollen scheint.

Andrerseits wird sich nichts dagegen einwenden lassen, daß in bezug auf eine pronuntiatio, z. B. auf die pronuntiatio bei actiones in rem, die Bezeichnung iudicare, res iudicata gebraucht werden konnte — welchenfalls dann die Antwort auf die Frage: Was? nicht fehlt (z. B. 44, 2, 9 § 1: re secundum petitorem iudicata). Wir können uns hier auf Beseler selbst berufen. Er sagt a. a. O. S. 143: „Der Prozeß darüber, wer von zweien der Patron eines Freigelassenen ist, hat sicher keine Kondemnation, so daß die Pronuntiation sein Ende ist und Judikat genannt werden durfte." Nun wohl: bei den in rem actiones des Sakraments-Prozesses ist das Ende des Prozesses allemal nur eine pronuntiatio; niemand wird aber bestreiten wollen, daß hier gleichwohl von iudicare, iudicatum, rei iudicatae auctoritas gesprochen wurde. Wenn dann im Formularprozeß an die pronuntiatio ein weiteres Verfahren angehängt wurde, so daß der Prozeß nun mit condemnatio oder absolutio endete, so ist wirklich nicht einzusehen, warum man nun auf einmal es für unzulässig erachtet haben sollte, in bezug auf die pronuntiatio, die doch nun einmal ein Ausspruch des iudex war und blieb, in hergebrachter Weise von iudicare und iudicatum zu sprechen — immer vorbehalten, daß dann, eben weil es sich um eine pronuntiatio handelt, auch gesagt wird, was judiziert ist.

Sehr einverstanden sind wir mit Beselers Bemerkung S. 149: „es ist erwägenswert, ob nicht wie im vorklassischen so auch im klassischen Rechte die pronuntiatio secundum vindicantem vielmehr ipso iure wirksam ist." Wir gehen viel weiter (weiter auch als Brinz Pand. [II[a]] § 99, dessen Ausführungen sehr mit Unrecht ziemlich unbeachtet geblieben sind) und sind der Meinung, daß jedes Urteil oder Zwischenurteil, welches eine Rechtsfeststellung (pronuntiatio) ist, ipso iure zur Geltung gelangt. Wir haben uns mit dieser Materie, allgemeiner gesprochen mit der Frage nach der Durchsetzung des Urteilsinhalts im römischen Zivilprozeß, schon seit längerer Zeit beschäftigt. Um einem naheliegenden Einwand gegen die ipso-iure-Wirkung der materiellen Rechtskraft zu begegnen, haben wir schon vor einigen Jahren eine Ausführung niedergeschrieben, die wir hier als weitere Miszelle folgen lassen; Veranlassung dazu gibt uns die Bemerkung Beselers S. 148/9, über die wir uns sehr gefreut haben.

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[Replicatio rei secundum actorem iudicatae.] In zwei Digestenfragmenten wird mittelst einer replicatio nicht das Dasein, sondern der Inhalt eines Urteils geltend gemacht. Diese Stellen sind

20, 1 l. 16 § 5: Creditor hypothecam sibi per sententiam adiudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium eius vindicare non potest. sed hypothecaria agere potest, et si exceptio obicietur a possessore rei iudicatae, replicet: si secundum me iudicatum non est,

und 44, 2 l. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere, defenderit, mox emerit, re secundum petitorem iudicata an restituere cogatur? et ait Neratius, si actori iterum petenti obiciatur exceptio rei iudicatae, replicare eum oportere de re secundum se iudicata.

Es ist nicht zu bestreiten, daß hier vom Kläger der Inhalt des Urteils geltend gemacht wird, und ich habe dies auch anerkannt (diese Ztschr. 21 S. 51), zugleich aber geltend gemacht, daß man hiervon auf eine exceptio rei iudicatae zur Geltendmachung des Urteilsinhalts nicht schließen könne. Es wäre auch handgreiflich falsch, die in den beiden allegierten Stellen angeführte replicatio als replicatio rei iudicatae zu bezeichnen; denn diese müßte ja lauten: aut si ea res iudicata est, was sich im Anschluß an eine exceptio: si ea res iudicata non est merkwürdig genug ausnehmen würde!

Die beiden Fragmente stellen uns aber vor folgende Frage: warum berücksichtigt hier der iudex den Inhalt des zwischen den Parteien früher ergangenen Urteils nicht schon kraft seines ihn auf das ius civile verweisenden officium, ohne Anweisung in der formula?

Die Antwort lautet: er tut dies deshalb nicht, weil er es nicht tun kann, und er kann es nicht aus demselben Grunde, aus dem er bei der Formel der actio Publiciana auf die Behauptung des Beklagten, er sei ziviler Eigentümer, keine Rücksicht nehmen kann, hierzu vielmehr einer besonderen Ermächtigung durch inserierte exceptio iusti dominii bedarf (vgl. materielle Grundlage der exceptio S. 103f.). Der iudex ist in erster Linie an die in der Formel enthaltene Weisung des Prätors gebunden. In den beiden uns beschäftigenden Stellen ist durch die Formel gegeben, daß der iudex absolvieren muß, si ea res iudicata est. Das ist aber ebenso der Fall, wenn secundum actorem, als wenn contra actorem erkannt ist. Es wird also durch die vom iudex in erster Linie zu beachtende exc. rei iudicatae demselben die Möglichkeit, den Inhalt des Urteils als ius inter partes zu berücksichtigen und zur Geltung zu bringen, genommen, und erst durch die replicatio wird ihm diese Möglichkeit eröffnet.

Mit dem Gesagten haben wir aber nicht nur die replicatio rei iudicatae erklärt und dargelegt, daß sie mit unserer Annahme betr. die ipso-iure-Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht im Widerspruch steht, sondern wir können nun gerade auf Grund der beiden Stellen, die als die festesten Stützen der Theorie von der positiven Funktion der exc. rei iudicatae gegolten haben, die Frage stellen: gibt es einen

stärkeren Beweis **gegen** die positive Funktion dieser exceptio, als unsere beiden Stellen, die dartun, daß die exc. rei iudicatae es dem iudex geradezu unmöglich machen kann, den Inhalt des Urteils zur Geltung zu bringen?

Auch nach einer anderen Richtung hin läßt sich diese replicatio rei secundum actorem iudicatae verwerten. Sie beweist, daß die Beachtung eines früheren inter partes ergangenen Urteils seitens des iudex nicht etwa in dem Sinn im Belieben desselben steht, wie ein Unterrichter eine Entscheidung eines höchsten Gerichts als „Präjudiz" in einem ähnlichen Fall für sich maßgebend sein lassen kann, oder nicht. Denn es ist keine Frage, daß der iudex der replicatio rei secundum actorem iudicatae parieren muß, auch wenn er das dem Kläger günstige frühere Urteil für unrichtig hält. Wie sollte denn der Prätor dazu kommen, den iudex in dieser Weise zu fesseln, wenn der Regel nach res iudicata inter partes für den iudex ohne verbindliche Kraft wäre?

Freiburg i. Br. Fr. Eisele.

[**Zum Eigentumsübergang beim Kauf.**] Die Redaktion der Sav.-Z. gestattet mir, einen kurzen Vorbericht über einen Teil meiner demnächst erscheinenden Abhandlung: Der Kauf mit fremdem Geld (Studien zum griechischen und römischen Recht) zu geben. — Die Abhängigkeit des Eigentumsüberganges von der Preiszahlung oder deren Surrogaten ist auf Grund griechischer Rechtsanschauung von den Byzantinern hergestellt. Das klassische römische Recht zeigt Gaius Inst. 2, 18—20, das justinianische Just. Inst. 2, 1, 41. In einigen diokletianischen Konstitutionen wird der Kampf der griechischen und der römischen Auffassung sichtbar (C. 3, 32, 12; 4, 38, 8; 4, 38, 9; 4, 38, 12; 4, 49, 6; 3, 32, 27; vgl. auch C. 4, 49, 1; 4, 54, 3). Die Digestenfragmente, die den Satz der Institutionen Justinians zu bestätigen scheinen, sind teils interpoliert (D. 7, 1, 12, 5; 7, 1, 25, 1; 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2), teils ohne Beweiskraft (D. 19, 1, 11, 2; 47, 2, 14, 1; 49, 14, 5, 1). Jherings Annahme, daß der Satz, den Just. Institutionen wiedergeben, für die Manzipation durch einen Zusatz zu deren Formular überwunden worden, für die Tradition aber in Geltung geblieben sei (Geist des röm. Rechts 5. Aufl., 2, 541 ff.), ist in ihrem zweiten Teile unglaubhaft. Keine klassische Stelle, die von Tradition handelt, kennt das Erfordernis (Gai Inst. 2, 19—20; D. 6, 1, 41, 1; 6, 1, 50; 41, 1, 13; 41, 1, 31 pr.; Just. Inst. 2, 1, 43; 2, 23, 3[a]). Von den erwähnten Konstitutionen, die das Erfordernis ablehnen, handelt keine mit Sicherheit von Manzipation, C. 4, 38, 8 und 4, 38, 9 sicher, C. 4, 38, 12; 3, 32, 12 und 3, 32, 27 vielleicht, C. 4, 49, 1 und 4, 54, 3 wahrscheinlich von Tradition, D. 19, 1, 11, 2 (si modo — satisfactum T.); 14, 4, 5, 18; 18, 1, 19; 18, 1, 53; 40, 12, 38, 2 zeigen, daß die Byzantiner nicht nur dort die Preiszahlung einfügten, wo sie die Manzipation durch die Tradition ersetzten (so schon Mitteis, Röm.

Privatr. 187 A. 78), sondern auch in ursprünglich allein oder auch von Tradition redenden Stellen. Auch außerhalb der Kompilation berichtet keine Quelle von dem wichtigsten Unterschiede für das wichtigste Geschäft. — Just. Inst. 2, 1, 41 ist nach dem Vorbild von Gai Inst. 2, 20 von den Byzantinern geschaffen; Inhalt, Stellung, Form, Denkweise sind byzantinisch. Dem Käufer, der die Sache tradiert erhielt, aber den Preis nicht zahlte, steht Usukapion und Publiciana, exceptio rei venditae et traditae und Eviktionsklage zu. Will der Verkäufer bis zur Preiszahlung Eigentum haben, so bedarf er der lex commissoria oder des „pactum reservati dominii". Vor byzantinischer Zeit ist nirgends die Preiszahlung Erfordernis für das volle Recht aus der kaufgemäßen Übertragung. In dieser Zeit dringt das östliche Volksrecht auf vielen Wegen in das römische Kaufrecht ein (laesio enormis; arrha; Schriftlichkeit und Publizität des Kaufvertrages; *βεβαίωσις*; Zurückdrängung der Tradition). Dieses Eindringen beginnt in früher byzantinischer Zeit. Der westgotische Paulus zeigt die beginnende Bedeutung der Preiszahlung (Paul. Sent. 1, 13ª, 4; 2, 17, 1; 2, 17, 7; 2, 17, 13 mit den zugehörigen Interpretationen); aber erst in der justinianischen Kompilation stehen neben ihr die Surrogate: satisfactio, fideiussio, expromissio, pignus und fidem habere (sequi). Vielleicht stammt nur das letzte Glied von Justinian; vielleicht ist ein Teil der Surrogate und der ganze Satz durch vorjustinianische Interpolationen erzeugt. Ob ein Zwölftafelsatz, wie ihn Just. Inst. 2, 1, 41 berichten, überhaupt gegolten hat, und wie genau er dort wiedergegeben ist, läßt sich nicht entscheiden. Wenn er bestanden haben sollte, so muß er bereits in sehr früher klassischer Zeit überwunden worden sein.

Leipzig, Juli 1914. Fritz Pringsheim.

[*προσθήκη, προστίθημι, πρόσκειμαι* **in den Scholien der Basiliken.**] Const. *Δέδωκεν* § 10 bezeichnet die Zusätze der Kompilatoren mit *προστίθημι* (*τὰ δὲ προσθέντες*; ähnlich C. Tanta § 10: adiectionem; C. Haec: adicientes; C. Summa § 3 und C. Cordi § 4: additis). Wo die frühen Scholiasten der Basiliken, deren Bedeutung für die Erkenntnis des klassischen Rechts bekannt ist, das Wort *προστίθημι* oder die entsprechenden Worte *προσθήκη* und *πρόσκειμαι* gebrauchen, besteht die Möglichkeit, daß die Worte im Sinne der Kompilatoren verwendet sind. An einer Reihe von Beispielen soll gezeigt werden, daß dieses Kennzeichen zur Aufdeckung von Interpolationen führen kann. Dabei sind Stellen der Digesten und des Kodex zu nennen, deren Interpolation bereits auf Grund dieser Worte festgestellt ist, andere, die aus anderen Gründen als interpoliert bezeichnet wurden und eines der Worte enthalten, schließlich solche, bei denen die Benutzung dieses Kennzeichens zu neuen Nachweisen führt. In die erste Gruppe gehören: D. 12, 6, 13, 1 (d. et — est T; Krüger, Dig. ad h. l.); Stephanus, Schol. *τοῦτο ἐκ* (Heimb., Bas. 3, 31): *καὶ περιττή ἐστιν ἡ ἐνταῦθα προσθήκη; πρόσκειται.* — C. 2, 12, 17 (d. nisi — causa T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus,

Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 1, 411): *τοῦτο τῆς ἐκκλήτου μὴ προσκείμενον τῇ παλαιᾷ διατάξει προσέθηκαν νῦν οἱ περιφανέστατοι κωδικευταί.* — C. 5, 11, 3 (d. videtur — esse T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 3, 429): *τοῦτο τὸ ῥητὸν νῦν προσετέθη τῇ διατάξει. τὸ δὲ νόμιμον αὐτοῦ καινὸν οὐκ ἔστιν.* — C. 5, 14, 7 (d. tamen — actio T; Krüger, Cod. ad h. l.); Thalelaeus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 3, 483): *τοῦτο τὸ ῥητὸν σήμερον κατὰ καινοτομίαν προσετέθη.*

Ohne daß das hier aufgestellte Kennzeichen benutzt wurde, sind bereits als interpoliert erklärt: D. 12, 2, 35 pr. (d. omnibus — deficientibus T; Gradenwitz, Bull. 2, 10); Stephanus, Schol. *τοῦτο* (Heimb., Bas. 2, 562): *τοῦτο σήμερον προσετέθη διὰ τὸ τῶν πουπίλλων συμφέρον.* — D. 15, 1, 36 (d. in bonae — scripsit T; Beseler, Beiträge 3, 47); Enantiophanes, Schol. *εἴρηται* zu D. 23, 3, 72, 1 (Heimb., Bas. 3, 414): *εἴρηται βιβ.*[ι]*ε τιτ. α'. διγεστ. λς'. οὐ μόνον ἐπὶ τῆς προικός, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ πασῶν τῶν καλῇ πίστει ἀγωγῶν. εἴρηται δὲ κατὰ προσθήκην.* Die sachliche Berechtigung von Beselers Annahme ist hier nicht zu prüfen. — D. 18, 1, 19 (d. vel — satisfactione T; Enneccerus, Rechtsgeschäft 1, 250 sq.) und Inst. 2, 1, 41 (d. sed si is — fieri T; Enneccerus l. c.); Anonymus, Schol. *ὅμοιον* (Zachariae, Bas. Suppl. 184) zu D. 14, 4, 5, 18: *ὅμοιον μετὰ προσθήκης βι. ιη'. τί α' διγ. ιθ' καὶ διγ. νγ' καὶ ἰνστιτ. β' τιτ. α'.* D. 18, 1, 53 allerdings hat den Zusatz nicht. — D. 38, 17, 1, 6. Vangerow (Pand. 2, 33) wollte statt „neque" „atque" setzen, Cohn (Beitr. z. Bearb. d. röm. R. 1[2] 231 sq.) quive — est streichen und die Worte sed — admitti kompilatorischer Eingriffe verdächtigen. Krüger, ZSS. 19, 31 streicht sed humana — admitti. Enantiophanes sagt, Schol. *φησί* (Heimb. 4, 486): *τὸ οὖν φιλαγάθως ἐνταῦθα πρόσκειται διὰ τὸ παρὰ τὸ ἀκριβὲς κληρονομεῖν.* Man wird Cohn, nicht Krüger folgen und „humana interpretatione" streichen (an dessen Stelle wohl ein reskribierender Kaiser zu denken ist). — D. 43, 16, 3, 9 (d. sed — intervallo; non — continenti T; Pampaloni, Stud. Senesi 5, 161; Lenel, Pal. Ulp. 1533; Pernice, Labeo 2, 1, 97 n. 1; Kniep, Vacua possessio 372, 432); Anonymus, Schol. *οὐκ* zu D. 9, 2, 45, 4 (Heimb., Bas. 5, 316): *ζήτει βιβ. μγ' τιτ. ις'. διγ. — γ', — ἐν ᾧ προστίθησι — τὸ παραχρῆμα.* — C. 3, 31, 1 (d. omnimodo T; Albertario); Thalelaeus, Schol. *πρόσκειται* (Heimb., Bas. 4, 237): *πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας, παντὶ τρόπῳ.* Schließlich weisen die behandelten Worte auf bisher noch nicht erkannte Interpolationen hin: D. 38, 8, 1, 2; Enantiophanes, Schol. *νόμιμον* (Heimb., Bas. 4, 505): *τὸ δὲ εὐχερῶς διὰ τοὺς γάμους πρόσκειται*; Anonymus, Schol. *τό* zu D. 38, 10, 10, 5 (Heimb., Bas. 4, 522): *τὸ εὐχερῶς πρόσκειται τιτ. η'. διγ. α'. θεμ. β'.* Vielleicht steht „facile" wirklich wegen der Ehe (D. 22, 2, 14, 2—3), wahrscheinlicher wegen des justinianischen Erbrechts der serviles cognati (Inst. 3, 6, 10; C. 6, 4, 4, 10). Die Annahme einer Interpolation von facile liegt nahe wegen D. 38, 10, 10, 5: ad leges serviles cognationes non pertinent, um so näher, wenn D. 38, 8, 1, 2 auf die lex Cincia zu beziehen ist (Hesky, Wiener Studien 24 N. 2, 1). — C. 2, 18, 10; Thalelaeus, Schol. *τῶν* (Zachariae, Bas. Suppl. 159): *—μετέφρασαν οἱ περιφανέστατοι κωδικευταί . . . τεθεικότες, ἀντ . . τὸ εἰ μὴ ἄ*[*χρηστος*] *ἦν ὁ*

οἰκέτης τῷ δεσπότῃ. Vielleicht ist [*προσ*]*τεθεικότες* zu lesen und in der Konstitution „non inutilem domino constitutum“ zu streichen, das ohnehin und besonders wegen „et negotium utiliter gessistis“ unnötig ist. — C. 4, 28, 5; Thalelaeus, Schol. *τοῦτο* (Zachariae, Bas. Suppl. 203): *τοῦτο προσετέθη* [*διὰ τὸ*] *ἐν τοῖς δε ῥεβους κείμενον. ἐκεῖ γὰρ περὶ τῶν ἀναγνωσμάτων* .. — Cod. Gregor. 3, 10, 1 erweist, daß „vel legationis“ interpoliert ist. D. 14, 6, 7, 13 aus der pars de rebus spricht nur von der absentia studiorum causa; das Scholion des Anonymus hierzu (Zachariae, Bas. Suppl. 200 Schol. *σῇ*) ist sicher zu ergänzen: *σῇ· ὁμοίως βι. δ' τοῦ κώδ. τι'. κη'. διατ.— ε, ἐν ᾗ καὶ περὶ* [*πρεσβείας*] *εἴρηται* (anders Zachariae). Wahrscheinlich ist im Scholion zu C. 4, 28, 5 statt [*διὰ τό*] [*πρὸς τό*] zu lesen und auf D. 14, 6, 7, 13 angespielt. Dann ist das Stichwort nicht studiorum, sondern legationis. Vielleicht dachten die Kompilatoren bei der Zusetzung von „vel legationis“ an D. 5, 1, 18, 1: si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit, wenn nicht auch dort legationis vel ebenso wie vel alia iusta ex causa im weiteren Texte interpoliert ist. — C. 4, 32, 19, 2; Theodorus, Schol. *τοῦ* (Heimb., Bas. 2, 722) zu C. 4, 32, 6: *ὁμοίως φησὶν ἡ ιθ'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ.* — *προστιθεμένη, ὡς — ἡ ἀπώλεια αὐτοῦ τῷ δανειστῇ ἐγκινδυνεύεται.* Gradenwitz, Bull. 3, 13 will debitor liberabitur durch liberabis ersetzen. Das Scholion legt die Streichung der Worte etiam—et nahe; dafür spricht außerdem, daß der Nebensatz mit cum nur für das zweite Glied paßt, das doppelte etiam und die Zeitverschiedenheit liberabitur — tollitur. — C. 6, 50, 2; Thalelaeus, Schol. *πρόσκειται* (Heimb., Bas. 4, 129): *πρόσκειται εἰς τὸ κατὰ πόδας. καὶ τῶν φιδεϊκομίσσων. καί φησιν ὁ Θαλέλαιος. κυρίως ἐπὶ τῶν φιδεϊκομίσσων παρακατάσχεσις ἐκ τοῦ Πεγασιανείου ἦν. ἀλλ' ἐπειδὴ σήμερον ἀνῃρῆται ἐκεῖνο τὸ δόγμα, διὰ τοῦτο καὶ ἐπὶ φιδεϊκομίσσου ἐμνημόνευσε τοῦ φαλκιδίου.* Das SC. Pegasianum hat erst Justinian abgeschafft (Inst. 2, 33, 7; C. Tanta § 6ᵃ); von ihm stammt also der Zusatz et fideicommissorum. — Es dürfte damit gezeigt sein, daß die im Titel genannten Worte in den Basilikenscholien Beachtung verdienen. Aber ihr Vorkommen allein kann keine Interpolationsbehauptung beweisen. Auch die Klassiker machen „Zusätze“, und ein Scholiast kann Zusatz nennen, was in einer Parallelstelle aus Knappheit des Ausdrucks oder Beschränkung des Themas fehlt. Zum Belege seien einige Scholien angeführt, die sich auf klassische unversehrte Quellen beziehen: Anonymus, Schol. *ὁμοίως* zu D. 37, 10, 3, 11 (Heimb., Bas. 4, 77: *ὁμοίως μετὰ προσθήκης* D. 5, 3, 7, 2; dort: adiecit plane in rescripto); Anonymus, Schol. *ἀνάγνωθι* zu D. 16, 3, 6 (Heimb., Bas. 2, 42: *ἀνάγνωθι* D. 50, 16, 110, *ἐν ᾧ προστίθησιν, ὅτι πρᾶγμα ἐπίδικον*; „de qua controversia est“ ist aber dort ein klassischer Zusatz); Anonymus, Schol. *ὁμοίως* zu D. 22, 1, 46 (Heimb., Bas. 2, 718: *ὁμοίως μετὰ προσθήκης* D. 5, 3, 36, 5); Enantiophanes, Schol. *ἡ δέ* zu D. 23, 2, 34, 1 (Heimb., Bas. 3, 172: *καὶ ἔστιν ἐναντίον διὰ τὴν προσθήκην*; gemeint ist wohl „per abolitionem“, das aber dem justinianischen Recht der Nov. 134, 10, 1 widerspricht).

Leipzig. Dr. Fritz Pringsheim.

[Pfandurkunde aus Sardes.] Unsere inschriftliche Überlieferung pfandrechtlichen Inhaltes ist in der letzten Zeit um ein umfangreiches Stück bereichert worden, die nach dem Schuldner sogenannte Mnesimachosurkunde[1]), ein Sicherstellungsvertrag aus Sardes, wahrscheinlich dem zweiten Jahrhundert v. Chr. entstammend.[2]) Pfandobjekt sind umfangreiche Liegenschaften, deren Aufzählung nach Namen und Steuersatz fast die ganze erste Kolumne ausfüllt (Z. 3—19); schon hier ist übrigens bemerkenswert, daß diese Steuer unmittelbar an gewisse Truppenkörper (*χιλιαρχία* Kol. 1, Z. 6, 8) abzuführen ist, und daß außerdem mit der Möglichkeit gerechnet wird, daß diese Liegenschaften vom König eingezogen werden (Kol. 2, Z. 13 *ἐὰν ὁ βασιλεὺς ἀφέληται*). — Gläubigerin ist die Artemis zu Ephesos, welche durch die mehrfach genannten *νεωποῖαι* vertreten wird. Die Schuld wird einige Male als *παρακαταθήκη* von 1325 Goldstateren bezeichnet; die Summe war bei Eingehung des Pfandvertrages bereits fällig, also ursprünglich ein Personalkredit. *Παρακαταθήκη* ist an und für sich im Depositum[3]), doch muß man die Möglichkeit im Auge behalten, daß sich auch hier, wie in den Papyri öfters[4]), unter der Rechtsform des Depositums ein anderer Vorgang, etwa ein Darlehn verbirgt.

Als Pfandform ist die Sicherungsübereignung gewählt, es kann dies, obwohl gerade der dies vermutlich anordnende Eingang von Kolumne II verloren gegangen ist, aus der umfangreichen Gewährleistungsabrede in der Terminologie des Kaufgeschäftes erschlossen werden. Wenn die *βεβαίωσις* im Prozeß nicht geleistet wird (*ἐὰν δὲ μὴ βεβαιώσωμεν* Kol. 2, Z. 3), so ist Ersatz des Kaufpreises, der infolge des Prozesses entgehenden Früchte des betreffenden Jahres, endlich der Impensen (*οἰκοδομημάτων καὶ φυτευμάτων* Kol. 2, Z. 10, 15) zu leisten; letztere sind einfach, die geschuldete Summe hingegen, welche eben die Stelle des Kaufpreises vertritt, in doppeltem Betrage zu ersetzen.[5]) Als Eviktionsgarant tritt Mnesimachos, ebenso wie in den Papyri[6]) selbst auf. — Persönliche Haftung neben der Pfandhaftung wird ausdrücklich wegbedungen Kol. 2, Z. 19 *καὶ ἡ πρᾶξις ἐξ ἡμῶν μήπω γένηται ἐξεῖναι.* Endlich ist zu bemerken, daß die Urkunde,

[1]) Buckler u. Robinson, American Journal of Archaeology 16, 1912, 12 f. (Text und Kommentar); Prentice, daselbst 526 f. Wilamowitz, G.G.A. 1914, 89, Larfeld, W.S. f. klass. Philol. 1912, 997 f.

[2]) So Wilamowitz u. Hiller v. Gärtringen G.G.A. 1914, 89.

[3]) Lipsius, Attisches Recht 2 (1912) 735 f., besonders Aristot. 950 A. (Probl. 29, 2) *Διά τι παρακαταθήκης δεινότερον ἀποστερεῖν ἢ δάνειον;* Tempeldeposita: Ziebarth, G.G.N. 1899, 124, 125, Büchsenschütz, Besitz und Erwerb 1869, 508, für Ägypten, Otto, Priester und Tempel 1 (1905) 319, Anm. 3, und besonders für Ephesos: Forschungen in Ephesos 209, dort auch das gesamte Material; Mitteis, Z.S.S.St. 1898, 208 f.

[4]) Mitteis-Wilcken 2, 1, 257. Unterstützend tritt hinzu, daß unsere Überlieferung (s. Anm. 1) bei den Tempeln sonst nur Passivdeposita, wo der Tempel Depositar ist, kennt.

[5]) Wegen der Papyri vgl. Mitteis-Wilcken 2, 1, 188.

[6]) Mitteis-Wilcken a. a. O.

in subjektive Redewendungen gefaßt, das älteste Chirographum auf Stein darstellt.[1])

Prag. Egon Weiß.

[Ὁ ξενικὸς νόμος.] In der auch sonst sehr inhaltsreichen Veröffentlichung von Inschriften des Delphinions zu Milet[2]) findet sich ein Volksbeschluß über die Ansiedelung kretischer Neubürger, die aus ihren Gemeinden infolge städtischer Unruhen ausgeschieden sind (Nr. 33). Innerhalb einer Frist von zwanzig Jahren sind sie vom Genuß des vollen Bürgerrechts, namentlich des ius honorum (37d) ausgeschlossen, und dürfen auch die ihnen zugewiesene Liegenschaft bei sonstiger Nichtigkeit nicht verkaufen[3]); außerdem erwächst bei Zuwiderhandeln gegen beide Teile eine Klage ἀδικίου τῆς πόλεως, die Popularklage ist. Diesbezüglich heißt es weiter Z. 10 τὰς δὲ γραφὰς τῶν δικῶν καὶ τὰ λοιπὰ [συν]τελεῖσθαι κατ[ὰ τὸν] ξενικὸν νόμον; Klage καὶ τὰ λοιπά soll also stattfinden nach dem Fremdengesetz, — für uns ein vollkommenes Novum, welches für Milet die Ansicht widerlegt[4]), daß der Fremde, weil er nicht im Bürgerprozeß klagt, von der inländischen Rechtsordnung, dem νόμος, ausgeschlossen ist. Belehrend ist übrigens auch, daß jene Landanweisungen nicht allein vom Ratsschreiber ἐν τοῖς δημοσίοις zu vermerken sind, sondern auch von den οἰνοφύλακες[5]) auf den λευκώματα registriert werden sollen, ἐν οἷς καὶ αἱ ὠναὶ ὑπάρχουσι. Damit tritt für unsere Kenntnis auch Milet in die Reihe jener Staaten, bei denen, wie die Grammatiker und Theophrast bezeugen[6]), der Vermerk von Käufen auf einem album, wohl zur allgemeinen Kenntnisnahme und Wahrung von Einspruchsfristen[7]) üblich war.

Prag. Egon Weiß.

---

[1]) Vgl. die Zusammenstellung bei Mitteis R.P.R. 1, 296, Anm. 17.

[2]) Milet, Ergebnisse der Ausgrabungen und Untersuchungen seit dem Jahre 1899, herausgegeben von Theodor Wiegand, Heft III, Das Delphinion von Georg Kawerau und Albert Rehm, 1914.

[3]) Die Herausgeber verweisen auf Dittenberger Syll.[2] 229 (G.D.I. 2, 1634) τῶν δὲ λαβόντων ἐν Ὀρ[χομενῶι γᾶς] κλᾶρον ἢ οἰκίαν μὴ ἐξέστω μηθενὶ ἀπαλλοτριῶ[σαι ἐντὸς ἐτ]έων εἴκοσι.

[4]) Literatur bei Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen (1914) 3, Anm. 1; inzwischen ist dazu gekommen Koschaker, Berliner phil. W. S. 1914, 549, Wenger, Münchner S.-B. 1914, S. 10, Anm. 1, S.-A. Auch der Ausdruck ξενικὸς νόμος ist neu, Swoboda, Staatsalterthümer 124, Anm. 5. Unsere Inschriftenpublikation erwähnt übrigens für Gortyn und Knossos einen νόμος προξενικός, nach welchem die vindicatio in libertatem zu Sklaven gemachter Milesier stattzufinden hat, Nr. 140, Z. 34,50.

[5]) Wilamowitz a. a. O. nimmt an dem überlieferten Worte „οἰνοφύλακες" Anstoß.

[6]) Theophrast περὶ συμβ. 1: ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῇ ἀρχῇ πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἑξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι κ. τ. λ. Paroemiogr. Gr. 1, 405 ἔθος ἦν τὰ πιπρασκόμενα χωρία ἢ σώματα δημοσίᾳ ἐγγράφεσθαι ἐν σανίσι λευκαῖς, vgl. Beauchet, hist. d. droit privé 3. 334. Wegen der doppelten Aufschreibung ἐν δημοσίοις und ἐν λευκώμασι Wilhelm, Beiträge zur griechischen Inschriftenkunde 1909, 258 f., wegen der λευκώματα auch Mitteis-Wilcken 1, 2, 306.

[7]) So Rabel, Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders 1909, 13 f.

[Eremodicium.] A. Steinwenter schreibt mir in seinen schönen und tüchtigen Studien zum römischen Versäumnisverfahren S. 93 A. 3 eine unmögliche „Ableitung" des Wortes *eremodicium* zu, deren Urheberschaft ich nachdrücklich zurückweisen muß. Der von ihm getadelte Satz findet sich in einem Artikel '*Absentia*' bei Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie 1 (1894), 121 und lautet, soweit er hergehört, folgendermaßen: Versäumte ... der Beklagte *(lis a reo deserta,* Ulp. *eremoiudicium)* den Schwurgerichtstermin,'... Hier stößt der Leser der R. E. allerdings auf ein merkwürdiges Wortungetüm, das von Ulpian herstammen soll. Doch kann ich die Verantwortung dafür mit gleich gutem Recht ablehnen wie der römische Klassiker. Meinen Beweis gründe ich auf den Sonderabdruck des Art. *Absentia*, der seinerzeit für mich hergestellt und damals mehreren Fachgenossen mitgeteilt wurde. Vor kurzem hat auch Herr Dr. Steinwenter Gelegenheit gehabt, diesen Abdruck einzusehen und darin das in Rede stehende Wort in seiner richtigen Gestalt festzustellen. Mithin wäre der Tadel nicht gegen mich, sondern gegen den unerbetenen Mitarbeiter in der Druckerei der R. E. zu richten gewesen.

Übrig bleibt aber noch die Frage, ob der Druckfehler als solcher, auch ohne die eben gegebene Aufklärung, von jedem Leser erkannt werden mußte? Was Steinwenter in meinem Art. gefunden haben will: eine „Ableitung" des Wortes, das ist, wie der Augenschein lehrt, darin nirgends enthalten. Vielmehr beschränke ich mich darauf, zu behaupten, daß die *lis a reo deserta* der Klassiker in den Ulpianstellen der Pandekten *eremodicium* heißt. Da nun der Florentinische Text des Justinianischen Rechtsbuchs nur zwischen *eremodicium* und *heremodicium* schwankt, so konnte wohl die in der R. E. auftauchende Mißgestalt nie für etwas anderes gelten als für eine Schöpfung des Druckfehlerteufels.

Zu dem sehr beachtenswerten Vorschlag Steinwenters, das Wort *eremodicium* der Pandekten dem Juristen Ulpian abzuerkennen und Tribonian zuzuschreiben, habe ich an diesem Orte nicht Stellung zu nehmen.

M. Wlassak.

Literatur.

P. de Francisci, *Συνάλλαγμα,* Storia e dottrina dei cosidetti contratti innominati. Vol. I. Pavia 1913. Mattei & C. Editori.

Der vorliegende erste Band stellt den Anfang einer Monographie dar, welche die textkritische Arbeit der letzten Jahre über die actio praescriptis verbis zusammenfassen und juristisch verarbeiten soll. Breit werden die Quellen vorgelegt, die moderne Literatur ist vollständig und mit gut begründetem Urteile verwertet.

Der Verfasser gibt nach einem Überblick über die modernsten Theorien seine eigene Anschauung an der Spitze des Buches (p. 39). Das klassische Recht habe nicht die actio praescriptis verbis, noch auch die actio civilis incerti und die actio civilis in factum gekannt; die Klassiker wenden in den Fällen, in denen die Byzantiner diese Termini gebrauchen, möglichst eine actio an, welche aus einem der benannten Kontrakte entspringt, oder eine actio doli oder eine actio in factum oder einfach eine còndictio. Die actio praescriptis verbis ist eine nachklassische Schöpfung, die nicht justinianisch sei, sondern wahrscheinlich aus einer Entartung des Begriffes der actio in factum zu erklären sei, die im Verlauf der prozessualen Entwicklung aus mannigfachen Gründen eingetreten sei. Als Schöpfung der byzantinischen Rechtsschulen für den Innominatkontrakt trage sie dessen Gepräge und zugleich den Charakter des klassischen bonae fidei iudicium, da der Innominatkontrakt in vielen Beziehungen dem klassischen bonae fidei Kontrakte verwandt erscheine. So trete die actio praescriptis verbis in dem Scholion des Stephanus auf, dessen scheinbare historische Bildung auf keiner Grundlage ruhe und nur allzusehr die Forschung irregeleitet habe.

Diese These ist nicht neu. Sie war durch die Arbeiten von Gradenwitz, Pernice, Lenel, Naber, Perozzi, Beseler vorbereitet und sie lag in der Luft, seit wir durch die Quellenstudien der letzten Jahre das Wirken der Männer von Berytos hatten verstehen lernen. Hans Peters hatte sie auch schon etwa mit denselben Worten ausgesprochen; die eigenartige Bedeutung der vorliegenden Arbeit liegt in der Zusammenfassung und in der umfassenden Einzelexegese der einzelnen Fragmente. Das muß um so stärker betont werden, als die grundsätzliche Fragestellung der Arbeit durch die Kritik und durch die neueren

Forschungen nicht unangefochten bleiben dürfte. Der Verfasser stellt schon im Titel den Begriff Synallagma in Zusammenhang mit den Innominatkontrakten. Er geht von dem Gedanken aus, daß das Wort und der Gedanke des Synallagma in D. 2, 14, 7, 2 und D. 50, 16, 19 auf Interpolation beruhe. Im Synallagma sieht er mit Sicherheit die Gegenseitigkeit der Leistungen im Schuldvertrage, *συνάλλαγμα* ist ihm ein sicheres Wort für den Tausch. Man darf begierig sein, ob der zweite Band den Nachweis für diese Auffassungen voll erbringen wird. Ich meine ganz im Gegenteil: die Beselersche Behauptung über die byzantinische Provenienz des Begriffs Synallagma ist grundlos, er geht vielmehr auf die klassischen Juristen zurück und bedeutet ihnen einfach den Vertrag, conventio, das ultro citroque consensu factum. Auch die Byzantiner gebrauchten oft das Wort in diesem Sinne, wenn sie es allgemein für den Vertrag anwendeten. Der Darlehensvertrag, das Depositum, selbst die Stipulation heißen bei ihnen *συνάλλαγμα*. Allerdings ist dabei durch die spätrömische Theorie des Innominatkontraktes, welche die Berytiner formuliert haben dürften, das unbenannte Synallagma unter den Gesichtspunkt des *δὸς λαβέ*, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias gebracht worden. Und daher entstand eine byzantinische Theorie, daß gerade die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen eine Voraussetzung zur Klagbarkeit bei den Verträgen sei. Aber deshalb ist doch nicht für jedes Synallagma, das die Byzantiner mit diesem Namen belegen, der Austausch der Leistungen zum notwendigen Begriffsmerkmal geworden. Synallagma heißt auch nicht von Haus aus Tausch. Wer es behauptet, übersieht die ganzen griechischen Quellen, die Rechtssprache des hellenistischen und byzantinischen Notariates, endlich vergißt er, daß die Byzantiner das eigentliche Tauschgeschäft *ἀνταλλαγή* nennen. Daß im römischen Synallagma der Juristen der Austausch liege, mag die moderne Scholastik lehren, sie schleppt damit einen Übersetzungsfehler weiter, der sich seit Alciat[1]) eingebürgert zu haben scheint. Die historische Forschung dagegen, die auf der Gesamtheit der Quellen aufbaut, wird zu der Erkenntnis stehen müssen, die schon den großen Humanisten geläufig war, die ja besser griechisch konnten als die Romanisten des 19. Jahrhunderts. Schon Duaren (Opera, Paris. 1550 p. 100 f.) hatte im tractatus de pactis festgestellt, daß sich die Gegenseitigkeit, welche im Synallagma eine Rolle spielt, nur auf die gegenseitige Abgabe der Willenserklärungen im Schuldvertrage bezieht. Wie die Byzantiner dazu kamen, dabei auch an die Gegenseitigkeit der Verpflichtungen und an das Austauschverhältnis der Leistungen zu denken, was sie bei dem Innominatkontrakte und in ihrer Dogmatik auch sonst zweifellos taten, das erklärt sich meines Erachtens aus den prozessualen Theorien der Byzantiner, welche heute noch nicht dargelegt sind. Sie haben bei jeder bonae fidei actio die Vorstellung, daß ultro citroque obligatio vorliege, sie haben das Dogma der mutuae actiones, der *ἀμοιβαία ἀγωγή*, welche bei jeder bonae

---

[1]) de verbor. signific. ad. D. 50, 16, 19. Bat. Lugd. 1536 p. 117 f.

fidei actio gegeben ist und zum doppelseitigen Prozeßverhältnis, zum Leistungsurteil auch gegen den Kläger, führt. Aus dieser Prozeßtheorie zusammen mit einem Gedanken des griechischen Schuldrechtes, das selbst bei dem Kaufe immer für die Einklagbarkeit der einen Leistung es fordert, daß die Gegenleistung erbracht sei, ist die Gestaltung der Innominatkontrakte bei den Byzantinern Justinians meines Erachtens zu erklären, und die Folgen dieser Lehren schlagen sich in gewissen Scholien der Byzantiner über das Synallagma nieder, ebenso wie in den Novellen Justinians. So ist der Gedanke des Synallagmas weit über das Gebiet der Innominatkontrakte hinaus wichtig. Und es ist bedenklich, den Begriff Synallagma an die Spitze einer Arbeit zu schreiben, die nicht über diese Lehre hinausgreifen will. Aber bei dieser Ausstellung bleibt doch das Verdienst des Verfassers auf dem Gebiete der actio praescriptis verbis ungeschmälert.

Der Verfasser beginnt die eigenen Darlegungen mit Bemerkungen zur Terminologie: Actio praescriptis verbis, actio civilis incerti, agere praescriptis verbis. Der Terminus actio praescriptis verbis sei nicht klassisch. Das Fehlen einer ediktalen Rubrik, die Ungenauigkeit und das Unpassende dés Namens, der für alle bonae fidei iudicia ebenso paßt (Beseler), wird für entscheidend gehalten. Man könnte meines Erachtens hinzufügen, daß der Name jedenfalls der festen Terminologie, wie sie seit der Republik im Formularprozesse sich gebildet hat, nicht entspricht. Danach ist „verba iudicii" der Ausdruck für die ganze Formel, so daß es seltsam wäre, wenn die ersten Worte daneben als praescripta verba bezeichnet würden. Auch der Ausdruck actio civilis incerti wird für interpoliert erklärt, soweit er für die actio praescriptis verbis gebraucht sei, so insbesondere in D. 16, 3, 33; die sämtlichen Stellen, in denen das agere incerti unverdächtig sei, bezögen sich auf die actio ex stipulatu und die actio ex testamento mit inzerter intentio, während für die Stellen über die Innominatkontrakte der Beweis der Interpolation angetreten wird.

Dann wird die These des Verfassers für die einzelnen Fälle des 4 Typen-Schemas des römischen Innominatkontraktes der justinianischen Gesetzgebung durchgesprochen. Für den Trödelvertrag wird eine actio in factum als Klage wegen Nichterfüllung in D. 19, 5, 13 pr. gefunden, während die anderen Stellen mit ihrer actio praescriptis verbis wohl mit Recht als interpoliert betrachtet werden. (D. 19, 5, 17, 1. D. 17, 2, 44.) Gegen den Abschnitt vom Tausch habe ich meine Bedenken. Der Verfasser hat für die Auslegung der schwierigen Stelle D. 2, 14, 7, 2 den Standpunkt Perozzis eingenommen: Aristo habe den Tausch nach Kaufgrundsätzen behandelt, die Eviktionsklage, welche für den Fall, daß der für Freilassung des Pamphilus hingegebene Stichus evinziert werde, sei einfach die actio empti gewesen. So wenig elegant kann das „elegante Responsum" des Aristo kaum gewesen sein. Denn dann hätte er ja einfach von einem benannten Vertrage, aus dem die actio empti geht, gesprochen, und er wollte doch gerade von Fällen reden, in denen auch trotz Versagens der Aktionen die Wirkung des Ver-

trages deutlich wird. Aristo sagt meines Erachtens, es gebe Verträge auch dort, wo die benannten Aktionen versagen. Allerdings kann der römische Jurist füglich nicht nach „συνάλλαγμα esse“ fortgefahren sein „et hinc nasci civilem obligationem“. Denn gerade mit dem unmittelbar vorhergehenden § ist es unvereinbar, daß wieder von einer Klage aus zivilem Kontrakt gesprochen wird. Meines Erachtens hat Aristo hier das gesagt, was Beseler in anderer Formulierung schon als wahrscheinlich bezeichnet hat: er sprach von der Anwendbarkeit der condictio, welche wegen nachträglichen Entfallens der causa dandi die gemachte Leistung zurückfordert und insofern den Vertragsinhalt, der den zu erreichenden Zweck bezeichnet hatte, geltend macht. Diesen Gedankengang dürfen wir durchaus dem Aristo zutrauen. Es ist die Zeit, in der römische Juristen die Frage erläuterten, wie sich die Begründung der Kondiktion zum Realvertrage verhalte (Gai 3, 91. Julian D. 26, 8, 13), ob dieselben Grundsätze wie auf Entstehung der Obligation aus Kontrakt auch auf die Kondiktionen anzuwenden seien. Auch in der folgenden Notiz über die Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Maurician war wohl nur von Kondiktion und actio in factum die Rede. Julian dürfte eine Kondiktion nach der Freilassung des Pamphilus überhaupt für unmöglich erklärt haben, während Maurician auch dann noch eine Kondiktion auf den Wert des Pamphilus für möglich erachtete. Im praktischen Enderfolge bleibt jedenfalls für die klassischen Juristen das Ergebnis, das der Verfasser auf gebahnten Wegen herausarbeitet: eine actio in factum als Schadensersatzanspruch bei Eviktion des im Tausch hingegebenen Gegenstandes, D. 19, 4, 1, 1, andererseits eine Meinung, welche auch hier nur mit der Kondiktion operiert, D. 12, 4, 16. Auch für den Anspruch wegen Nichterfüllung der Tauschabrede möchte de Francisci mit Bonfante und Beseler nur die Kondiktion als paulinisch annehmen: die Interpolationsbehauptung für D. 19, 4, 1, 4 ist dabei wohl einleuchtend; auch daß in D. 19, 5, 5, 1 geändert ist, glauben wir. Aber es bleibt doch die Frage offen, ob die Klassiker nicht auch hier im Bedarfsfalle mit einer actio in factum vorgegangen sind. Wir können uns in D. 19, 5, 5, 1 hinter „dubium“ und dem jetzt vereinsamten Konjunktiv „repetatur“ sehr wohl einen Satz vorstellen „es ist fraglich, ob der praetor eine actio in factum geben soll, oder ob es genügt, daß zurückgefordert wird“. Allerdings zeigen die von de Francisci sorgsam besprochenen Reskripte im Kodex, daß das geltende Recht grundsätzlich nur von der Condictio sprach. Aber das schließt ja nicht aus, daß im Notfalle die klassische Praxis die actio in factum schon gegeben hatte. Jedenfalls ist es mir bedenklich, wenn der Verfasser bestreitet, die Klassiker hätten den Tausch als Vertrag gekannt. Ein ziviler Kontrakt, d. h. Schuldentstehung ziviler Haftung, war er allerdings sicher auch nicht für diejenigen, welche die sabinianische Behandlung nach Kaufgrundsätzen nicht mitmachten, aber selbst aus den Worten des Celsus (D. 12, 4 ult.: id genus contractus) geht doch deutlich hervor, daß es Leute gab, welche den Tausch als Vertrag behandelten. — Ich glaube daran, daß Aristo den

Tausch als Vertrag betrachtete und gerade deshalb als συνάλλαγμα bezeichnete, weil er ihn nicht contractus nennen mochte. Nur die Subsumption unter die Innominatkontrakte, die Änderung des prozessualen Terminus, endlich die grundsätzliche Verleihung der Erfüllungsklage auch in Fällen, wo der Klassiker mit der Kondiktion auskam, dürfte berytinisch sein.

Auf Grund eines byzantinischen Dogmas wird zusammen mit dem Tausch auch die Erbauseinandersetzung im Wege des Vergleiches zwischen Miterben erörtert. Es handelt sich um die in letzter Zeit von papyrologischer Seite oft besprochene Eviktionsgarantie für diejenigen Gegenstände, die den Miterben bei der Nachlaßteilung zugewiesen werden. Für den Vertrag sprechen die Byzantiner (Schol. Bas. XLII 3, 70) vom συναλλάττειν τὰ μέρη τῆς κληρονομίας, vom συναλλάττειν τὰς ἀγωγάς (Schol. Bas. XLII 3, 78). Die Gegenstände des Nachlasses werden hier durch gegenseitige Vereinbarung zugewiesen, die passive Belastung wird verteilt. Das rechtfertigt dann die byzantinische actio praescriptis verbis zwischen den Miterben, wenn dem einen von ihnen eine Sache entwehrt wird und er in die Lage kommt, seinen Schaden auf die Miterben zu verteilen. Die Klassiker gingen dabei von der Stipulation aus, die sich die Miterben bei der vertraglichen Auseinandersetzung über den Eviktionsfall leisten, ganz wie die vom Verfasser nicht beachteten ähnlichen Klauseln der ägyptischen, der griechischen und hellenistischen Notariate im gleichen Falle. Wenn die Stipulation nicht geleistet war, ist mit Kniep (praescriptio und pactum p. 90) wahrscheinlich ein Klagschutz anzunehmen, den die Jurisprudenz dem Prätor zur Aushilfe anempfahl. In D. 21, 3, 66, 3 (lies: quae daretur in eum ei qui negotium absentis gesserit) ist allerdings wohl nur, wie ich einwenden möchte, eine negotiorum gestorum actio mit ähnlicher Struktur erwähnt wie jene actio utilis, welche den Byzantinern als actio quasi institoria geläufig ist. Sonst mag wirklich, wie schon Kniep vermutete, eine actio in factum geholfen haben, ähnlich den anderen Fällen, in denen die Klassiker die vergessene Stipulation durch solche Hilfe ersetzten. Statt dessen haben die Byzantiner im Kodex die actio praescriptis verbis eingesetzt (C. 3, 36, 23. 3, 36, 14. 3, 38, 7). Es ist mir schwer glaublich, daß die Meinung des Verfassers zutreffen sollte, nach welcher die Klassiker hier nur die Kondiktion kannten. Der Verfasser nimmt diese Meinung Beselers an. Sollte der entwehrte Miterbe anstatt der Klage auf Schadensverteilung für den einzelnen Gegenstand wirklich das gesamte Teilungsergebnis durch die Kondiktion haben angreifen dürfen? —

Die Darstellung zum Typus do ut facias hat ähnlich auf den Spuren Beselers und der älteren Interpolationsarbeiten die klassischen Zeugnisse bzw. die actio civilis incerti entkräftet. Im wesentlichen überzeugend ist für mich die Darstellung zu dem Typus facio ut des. Die actio de dolo ist hier allein klassisch, als Nichterfüllungsanspruch wegen Säumigkeit mit der Herausgabe der zu leistenden Sache. Nach den echten Stellen D. 19, 5, 5, 3. D. 19, 5, 16, 1. C. 2, 20, 4 wird mit

gutem Grunde der Kritik Beselers und Perozzis zu D. 19, 5, 15 beigetreten. Bekannt ist die gajanische Entscheidung (3, 143) und ihre Veränderung in den byzantinischen Versionen. Wer dieser Beweisführung folgt, sollte nach der Anschauung des Verfassers mit Notwendigkeit dazu kommen, an der berühmten Konstitution C. 2, 4, 6, 1 Anstoß zu nehmen, welche die „actio utilis quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat“ erwähnt. Der Verfasser erklärt sie mit vielen anderen für interpoliert. Daß sie in ihrem Ende nicht dem klassischen Rechte entspricht, ist dringend wahrscheinlich. Denn der Klassiker kennt keine actio ex stipulatu auf id quod interest. Andererseits kann der Text id quod interest nicht justinianisch sein, da ja Patrikios (schol. ad Bas. XI 2, 23) ihn schon kannte. Also ist er nach de Francisci eine vorjustinianische Interpolation. Ich bin in diesem Punkte nicht überzeugt. Weder ist der Tatbestand des facio ut des so scharf herausgearbeitet, daß wir aus der Stelle wirklich Sicheres für die klassische Behandlung dieses Falles gewinnen könnten, noch ist die Beziehung der Stelle zum Patrikiosfragmente sicher so zu fassen wie es der Verfasser glaubt. Es erscheint wahrscheinlich, daß Patrikios den Text der Stelle ohne Erwähnung der Stipulation vor sich sah. Denn er deutete eine Entscheidung des Reskriptes und hätte doch wohl eine mögliche Deutung des id quod interest auch für die actio ex stipulatu versucht, wenn er diese in dem echten Texte erwähnt gefunden hätte. Wahrscheinlich ist eben der ganze letzte Satz 'aut enim—danda est' erst justinianisch, ein Kompilatorenglossem, das übrigens schon durch die Stellung nach dem Wortlaut des Entscheides auffallen muß. Wenn das richtig ist, kommt die Stelle zwar nicht als Beleg für eine actio praescriptis verbis vor Justinian in Betracht, aber es wird doch ebensowenig wahrscheinlich, daß der Klassiker die Stelle auf eine actio ex stipulatu bezogen haben sollte. Wahrscheinlich bleibt, daß das id quod interest, dessen Echtheit doch wohl eben dadurch, daß es von Patrikios glossiert wurde, sicher ist, sich auf eine formula in factum bezog, die den Kläger schützen sollte. Die Berytiner sahen darin einen Anwendungsfall der ihnen bekannten actio praescriptis verbis. Vielleicht enthält der letzte Satz auch Elemente, die einst auf diese Entscheidung deuteten (⟨nam⟩ si omissa verborum obligatio est, utilis actio quae rem gestam demonstrat, danda est?). Was man von diesem Vorschlag denken mag, jedenfalls scheint es mir bedenklich, daß die Klassiker ohne die Stipulationsklausel auch in den Fällen, in denen der eine Teil schon erfüllt hatte, keinen anderen Klagschutz als die Kondiktion gekannt hätten.

Für den Fall facio ut facias wird auch dargelegt, daß das klassische Recht ohne die actio praescripts verbis auskam: teils durch Einreihung in die zivilen Kontrakte, teils durch Annahme einer besonderen actio in factum, teils durch Anwendung der condictio. D. 19, 5, 5, 4 wird als ein nachklassischer Traktat ausgesprochen, der die natura contractus für das Mandat untersuchte. Am Ende sei dieser § 4 ebenso wie in § 5 der Text des nachklassischen Traktates mit dem

Nachweis auf die actio praescriptis verbis versehen, den die Kompilatoren anbrachten, wodurch in § 5 die Erwähnung einer besonderen actio in factum verschwand. Wenn die acceptilatio mit der Maßgabe vorgenommen war, daß der liberierte Schuldner seinen Schuldner anweisen sollte, sei keine Klage auf den Vollzug der Anweisung klassisch, sondern nur die condictio auf die vom Gläubiger erlassene pecunia gegeben. Bei dem Gebrauchsaustausch sei subsidiär für die actio ex locato und die actio commodati eine actio in factum im 2. Jahrhundert üblich gewesen. Mit ähnlichen Thesen werden die Interpolationen in D. 10, 3, 23. D. 19, 5, 19, 1 begründet. Überzeugend ist mir die Exegese von D. 19, 5, 25, wo durch die richtige Auslegung des 'nec esse hoc contrarium' sicher wird, daß im klassischen Texte nicht von einem agere praescriptis verbis, sondern von einer Kondiktion die Rede war.

Der Darstellung über die Innominatkontrakte ist im 8. Kapitel eine Erörterung anderer Fälle beigegeben, in denen die actio praescriptis verbis oder die actio civilis incerti von den Klassikern genannt zu werden scheinen: die donatio sub modo, das precarium, das pactum de restituenda dote, der bedingte Kauf. Nur auf einzelnes sei hier eingegangen. Für das Fragment D. 19, 5, 16 pr. ist die Interpolationsbehauptung hinreichend begründet. Die Stellung im Ediktskommentar des Pomponius beweist, daß hier ursprünglich die Kondiktion im Vordergrunde der Diskussion stand, wenn sie auch vielleicht nicht allein genannt war, sondern neben ihr noch ein eventuell in Betracht kommendes Hilfsmittel, die von Haymann und Mitteis behauptete actio doli. Während Mitteis hier den Beweis einer diokletianischen actio praescriptis verbis in den Reskripten des Kodex sah, wie 8, 53, 9. 8, 53, 22, 1, wird vom Verfasser mit einiger Wahrscheinlichkeit behauptet, daß sie nur den Fall des durch Stipulation gesicherten modus betrafen. Das wird besonders überzeugend, wenn wir sehen, wie die Byzantiner ihr Schema (bei Stipulation actio ex stipulatu, bei Fehlen der Stipulation actio praescriptis verbis) auch in der Erläuterung eines Reskriptes durchsetzten, das neben der Stipulation eine ganz andere Klage betraf. (Vat. 286. C. 8, 54, 3, de Francisci 265 ff.) Gegen die actio praescriptis verbis bei bedingtem Kaufe ist der Verfasser mit Recht dem Fragment D. 18, 1, 50 zu Leibe gegangen. Der Fortschritt des 2. Jahrhunderts bestand hier wie in anderen Fällen darin, daß mit der Kontraktsklage aus dem pactum bei dem Kauf vorgegangen werden konnte. Labeo soll schon die actio praescriptis verbis gekannt haben, Labeo soll nach dem Verfasser an die actio doli gedacht haben. Vielleicht war ebenso wie noch bei Proculus D. 19, 5, 12 eine actio in factum möglich.

Das 9. Kapitel führt einige Bemerkungen über die Ergebnisse der breit angelegten exegetischen Studien hinzu. Daß die actio praescriptis verbis vor Justinian in Berytos schon bekannt war, wird mit Berufung auf Patrikios und Eudoxios zugegeben. Man vermißt die Erwähnung der Schrift de actionibus, für die mindestens eine Stellungnahme zu

dem Altersansatz erforderlich gewesen wäre. Den Kompilatoren weist der Verfasser nur die Arbeit zu, die actio in factum in die actio praescriptis verbis so zu verarbeiten, daß Stephanus die actio in factum civilis in Gegensatz zu der prätorischen actio in factum bringen konnte. Endlich wird die byzantinische Theorie, welche die actio in factum als Gegensatz zur actio vulgaris anspricht, dargelegt.

Bei allem Reichtum der exegetischen Untersuchungen wirkt das interessante Buch ermüdend, da durch alle Feinheit der Einzeluntersuchung das zentrale Problem nicht gelöst, sondern nur in ein Gebiet verschoben wird, in dem eine Sicherheit der Erkenntnis heute noch nicht möglich ist. Statt in den klassischen Quellen suchen wir mit dem Verfasser die Entwicklung der actio praescriptis verbis in den für uns verschlossenen Studierstuben der Leute von Berytus. Wie kamen diese Berytiner zu der actio praescriptis verbis? Soll sie ganz als Erzeugnis der Studierlampe angesprochen werden oder ist ein Anknüpfungspunkt in den späten Rechtsquellen in der Gesetzgebung anzunehmen? Bestehen historische Beziehungen zwischen der actio in factum und der actio praescriptis verbis? Welchen Einfluß hatte die Prozeßgeschichte, die nachklassische Praxis, die Dogmatik der Schultheorien? Einen Teil dieser Probleme verweist der Verfasser in den zweiten Band. Aber schon für das klassische System hätten wir gern mehr darüber gehört, wie der Verfasser sich das Verhältnis von Kondiktion und actio in factum vorstellt. Es müssen doch gewisse Grundgedanken des klassischen Rechtes den Erfüllungsanspruch aus dem nichtbenannten Vertrage für den Klassiker entbehrlich gemacht haben. Für die lebendige Abweichung vom klassischen Systeme wäre es uns wichtig gewesen zu hören, wie der Verfasser sich zu der Frage stellt, ob vielleicht der klassische Prozeß, der nur die Geldkondemnation und also Geldschadensersatz kennt, den Erfüllungsanspruch weniger brauchte als der byzantinische mit seinem Urteil auf Leistung. Vielleicht gibt uns der zweite Band auch die Anknüpfungspunkte, welche die byzantinischen Innominatkontrakte in dem klassischen Systeme fanden. Oder traut der Verfasser den Berytinern die Fähigkeit zu, eine so wichtige Neuerung wie den Erfüllungsanspruch für die nicht benannten Verträge in freier Schöpfung in den versteinernden Bau des alten römischen Systemes einzufügen? —

Freiburg i. B. J. Partsch.

Ramadier, Les effets de la missio in bona rei servandae causa. Pariser Inauguraldissertation 1911. 179 pp.

Der Verfasser hat eine der fleißigen Arbeiten der Schule Girards vorgelegt, welche das bekannte Gepräge dieser Monographien der Pariser Fakultät tragen: fleißige breite Zusammenstellung des Quellenmaterials und saubere Benützung der älteren deutschen Literatur, unbedingte Gefolgschaft gegenüber den Anschauungen des Lehrers über

die Entwickelung des Prozesses, dabei eine vorsichtige konservative Behandlung der Rechtsquellen, der jedenfalls niemals ein Vorwurf wegen übertriebener Kritik der Überlieferung gemacht werden könnte.

Der Verfasser dürfte am wenigsten glücklich dort gewesen sein, wo er über den Quellenkreis des corpus juris hinaus Gelegenheit zu blicken hatte. Bei der Besprechung der staatsrechtlichen Fundamente der missio in bona beschränkt er sich auf aprioristische Konstruktionen nach modernen Formulierungen der römischen staatsrechtlichen Grundbegriffe. Die missio in bona wird hier als Ausfluß der jurisdictio des Magistrates betrachtet; es ist nicht genügend erwogen, daß die tutoris datio und die Missionen selbst in D. 2, 1, 1 als etwas über das jus dicere Hinausgehendes empfunden werden. Es fehlt meines Erachtens eine grundsätzliche Betrachtung des Verhältnisses der Missionen zu den alten Koerzitionsmitteln, obwohl doch noch im 3. Jahrhundert dieser Zusammenhang zwischen Missionen und der contumacia deutlich genug betont wird. Weil sich der Verf. auf Girards Theorien über die lex Aebutia einschwört, deshalb liegt es ihm fern zu fragen, ob nicht in älterer Zeit in den hellenistischen Städten sich ähnliche Institute finden, die wir jedenfalls erkunden müssen, um die Eigenart oder die Ähnlichkeit der römischen zu verstehen. Dem Verfasser ist es selbstverständlich, daß die Missionen nicht weit ins Altertum über die lex Aebutia zurückgehen können, weil „der Magistrat in der primitiven Epoche nicht sein Imperium nötig gehabt hätte".

Für die historische Fragestellung liegt das Verdienst des Verfassers wesentlich in den vernünftigen, aber heut doch wohl von allen gemachten Einwendungen gegen die früher verbreitete Lehre, welche die missio in bona schon in dem Referat des Livius über die lex Poetelia bezeugt fand. Wer die literarische Methode des römischen Historikers erwägt, wird kaum daran zweifeln können, daß hier in Wirklichkeit mit den Mitteln griechischer Rhetorik das übliche Idealbild des hellenischen Staates für das Rom des 4. vorchristlichen Jahrhunderts gezeichnet wird. Es ist dasselbe Schema, das wir ebenso für den Bericht des Diodor über das ägyptische Schuldrecht des Königs Bocchoris beobachten können

Die rechtsgeschichtliche Entwickelung der Missionen wird vom Verfasser mit Recht in der Umbildung eines alten Zwangsmittels zum Vollstreckungsmittel mit Satisfaktionseffekt gesehen. Es fehlt in der Arbeit allerdings an einer exakten Untersuchung über die Entstehung der bonorum venditio. Daß der Prätor Rutilius sie eingeführt habe, ist die Meinung des Verfassers nach Gai 4, 35.

Die Entwicklung des Ediktes über die Missionsfälle wird besprochen, zunächst die ältere bei Cicero uns überlieferte Form, Cic. pro Quinctio c. 19 § 60, dann die jüngere, indem erwogen wird, ob es möglich ist, die einzelnen Klauseln der jüngeren Form mit Instituten des klassischen Privatrechtes zu verknüpfen. Der Verfasser scheidet grundsätzlich zwischen ediktalen und nichtediktalen Missionsfällen. Das entspricht der herrschenden Lehre. Vielleicht wäre es vorsichtiger gewesen, den

Mangel unseres exakten Wissens hier schärfer zu betonen. Man darf allerdings behaupten, daß der Magistrat auch in der späteren Zeit der Klassiker das Recht nicht verloren hat, auch aus nichtediktalen Gründen die missio zu verfügen. Die missio in dem außerordentlichen Verfahren in Fideikommißsachen spricht dafür alleine schon in deutlichster Weise. Aber welche Bedeutung diese außerediktale Mission damals gehabt hat, steht völlig dahin. Schon für die klassische Literatur scheinen Fälle zu fehlen, in denen wir sichere Spuren dafür nachweisen könnten, daß noch im 3. Jahrhundert in der ordentlichen prätorischen Jurisdiktion der Magistrat auch außerhalb der ediktalen Verheißungen Missionen bewilligt hätte. Der Verf. selbst hat richtig ausgeführt, daß D. 8, 5, 18 keinen solchen Fall darstellt, und auch im Falle D. 42, 4, 8 ist es doch wohl sicher, daß es sich um einen Fall handelt, der im Edikt selbst geregelt war. Wenn es lange ungewiß ist, ob der Erblasser einen Erben hat, gibt der Prätor doch offenbar aus der Rubrik, welche Gaius 3, 78 erwähnt, einen Missionsbefehl. Wir können nicht einmal einen Beweis dafür antreten, daß es im Edikte eine Generalklausel gegeben hat, in der sich ähnlich wie bei der in integrum restitutio für die majores XXV annis der Prätor noch für andre als die ediktalen Fälle die Erteilung der Mission vorbehielt. Allerdings bleibt dabei immer die Frage, inwiefern der Zustand unserer auf byzantinische Verhältnisse zugeschnittenen Quellen der Anlaß ist, da ja die Spätzeit dem Magistrat sicher nicht mehr die weitgespannte Befugnis des republikanischen Imperiumsträgers zuerkannte.

Die rechtliche Fortbildung der Mission zur Vollstreckungsform wird durch das Studium der missio in bona im klassischen Verfahren beleuchtet, ohne daß sich die Untersuchung auf das historische Thema allein zuspitzt. Unter der Frage „qui a le droit de posséder?“ wird von der Meinung ausgegangen, daß von jeher das Missionsdekret allen Gläubigern das Recht zur Inbesitznahme der Masse verlieh, ohne daß der einzelne Gläubiger, der in possessionem geht, die missio nach Art eines modernen Vollstreckungstitels nötig hätte. Das könnte zunächst zweifelhaft sein, da nach dem Texte D. 42, 5, 12 pr. noch Paulus eine Streitfrage über die Wirkung des Missionsdekretes zu kennen scheint. Aber der Standpunkt des Verf. dürfte doch dem klassischen Rechte entsprechen. Schon Lenel wies darauf hin, daß die Stelle Cic. pro Quinctio c. 23 § 73 es wahrscheinlich macht, daß nach der missio, die zugunsten des einen dekretiert sei, sich alle in den Gewahrsam des schuldnerischen Vermögens setzen könnten. Es steht nicht entgegen, daß die missio dem bedingt oder betagt Berechtigten versagt wird. Dafür spricht andererseits, daß die Strafklage gegen den, der nicht die Gläubiger in die bona hineinläßt, zugunsten aller derjenigen gegeben wird, die „mit Erlaubnis des Prätors in den bona sind“, nicht nur, wie die Interdikte im Falle der missio legatorum servandorum nomine oder der missio ventris nomine oder der missio damni infecti nomine nur dem vom Prätor Mittierten gegeben wird. Aber auch wenn man das anerkennt, darf man doch die Frage offen lassen, ob D. 42, 5, 12 pr.

wirklich im vollen Umfange echt ist. Die sprachliche Formulierung (. . quaeritur utrum . . potest an sit), andererseits der seltsame Anschluß des Folgenden scheint auf eine Streichung zu deuten.

Die Darstellung über die Verwaltung des von den Gläubigern in Besitz genommenen Vermögens wie der Abschnitt über den Kurator enthält nur Zusammenstellung des Standes der Lehre nach den neueren Arbeiten. Das Kapitel über das pignus praetorium ist wesentlich mit den gemeinrechtlichen Anschauungen aufgebaut. Am wenigsten ist das Schlußkapitel über die nachklassische Gestaltung der missio in bona gelungen. Es fehlt hier an einem Überblick über die nachklassische Entwicklung des Vollstreckungsrechtes, auch an jedem Versuche, die Quellen außerhalb der Kompilation aufzuarbeiten. Aber das darf ja wohl nicht in einer Zeit als Vorwurf dienen, in der wir noch alle in Unklarheiten über die Art der Anwendung des Ediktsrechtes nach der klassischen Epoche befangen sind.

Freiburg i. B. J. Partsch.

Cesare Bertolini, Prof. dell' Università di Torino, Appunti didattici di Diritto Romano. Serie Seconda. Il Processo Civile. Bd. I. 1913. II und 353 S. Bd. II. 1914. IV und 305 S. Torino. Unione tipografico-editrice Torinese.

Eine Neubearbeitung des römischen Privatprozeßrechts ist angesichts der bedeutenden Forschungen, die auf diesem Wissensgebiete seit den letzten zusammenfassenden Darstellungen großer Meister gemacht worden sind, gewiß ein Bedürfnis. Stammt doch Bethmann-Hollwegs Werk aus der Mitte der Sechziger Jahre des vorigen Jahrhunderts und ist auch Wachs Bearbeitung des Kellerschen Büchleins von 1883 datiert. Die Arbeiten Wlassaks, Lenels, Girards u. a., um nur einige Namen zu nennen, haben auf vielen Gebieten des römischen Privatprozeßrechts durchgreifende Revisionen unseres früheren Wissens mit sich gebracht. Eine Fülle von Monographien hat Einzelfragen herausgegriffen, deren Beantwortung aber natürlich Ergebnisse zeitigte, die an den verschiedensten Stellen in den komplizierten Mechanismus des Prozeßrechts eingreifen. Hier haben Schüler Girards, besonders aber auch jüngere italienische Gelehrte vieles geleistet. Das alles in die frühere Darstellung des römischen Privatprozeßrechts einzuordnen und auf dem weiten Gebiete alle Konsequenzen zu ziehen, alle Fragen zu Ende zu denken, erfordert schon die Arbeit eines verständigen Kenners.

Dabei ist, wie überall sonst, auch hier die Aufgabe des Forschers von der des Lehrers bei aller Verschiedenheit der Ziele nicht trennbar. Auch wer, wie Bertolini, rein didaktische Ziele verfolgt — sein Processo civile ist die Fortsetzung der appunti didattici übers Obligationenrecht — kann einer Stellungnahme zu den neuen Forschungen nicht

entgehen. Vom Standpunkt des deutschen juristischen Universitätsunterrichtes besehen, dürfte man freilich bei der Zurückdrängung, die das Studium des römischen Rechts hat erleben müssen, kaum von einem Studierenden, wenigstens einem Durchschnittsstudenten, erwarten, daß er ein Lehrbuch von rund 750 Seiten über den römischen Zivilprozeß in Erwägung ziehe. Wer bei uns römisches Prozeßrecht vorzutragen hat, darf also Bertolini und die italienischen Kollegen beneiden, wenn so starke appunti didattici für ihre Studenten in Frage kommen, Arbeiten, bei denen, um auf das früher Gesagte zurückzukommen, der Student einen tieferen Einblick auch in die Forschungswerkstätten der römischen Rechtsgeschichte nehmen kann und soll.

Die ganze Darstellung ist klar, sie macht den Leser mit allen wichtigen Quellen — die wohl mit besonderer Rücksicht auf den Studierenden an entscheidenden Stellen auch in extenso wiedergegeben sind — und auch mit der Literatur bekannt, sie übersieht es nicht, an passenden Orten Hinweise auf griechischrechtliche und auch andere (vgl. z. B. S. 89[2]) Parallelen zu geben. Dabei wird freilich die Papyrologie aus naheliegenden Gründen erst in dem bisher noch nicht vorliegenden Teil über die iudicia extraordinaria ausführlicher zu Worte kommen können, wenngleich im Überblick über die Gerichtsverfassung und auch sonst gelegentlich schon einiges notiert werden konnte (vgl. I 45[1], 48[1] über den Konvent, II 231 Note 4 ex 229).

Der erste Band des Werkes beginnt mit einem einleitenden Kapitel über Quellen, Literatur, Selbsthilfe und Prozeß, und insbesondere über die Bedeutung des ordo iudiciorum und der extraordinaria cognitio. Dabei ist die notwendige Trennung von ius und iudicium im ordo gebührend hervorgehoben.

Das zweite, dem Überblick — mehr will der Verf. hier absichtlich nicht geben (S. 44f.) — über die Gerichtsverfassung gewidmete Kapitel gliedert sich natürlich in den Paragraphen über die Gerichtsmagistrate und den anderen über die Richter. Die Darstellung der Gerichtsverfassung ist bis in die justinianische Zeit skizziert. Auch Gerichtsort und -Zeit und die Kompetenzfragen finden anschließende Besprechung.

Mit dem dritten Kapitel tritt der Verf. in die Darstellung des Verfahrens ein. Zunächst in die Schilderung des Legisaktionenverfahrens mit den Unterabteilungen: Verfahren in iure, Verfahren in iudicio, Exekution, Stellvertretung im Prozeß, „complementi" zum Legisaktionensystem, worunter der Verf. das agere per sponsionem, Anfänge der Kognition, des Interdiktenverfahrens, der prätorischen Stipulationen und Missionen rechnet, um einen letzten Paragraphen dem Verschwinden des Systems der Legisaktionen zu widmen. In analoger Weise ist die Darstellung über das Verfahren mit Formeln gegliedert, das natürlich den ungleich größeren Raum (Bd. I S. 207ff. und Bd. II) beansprucht: Verfahren in iure, in iudicio, Exekution und Rechtsmittel, die Parteien und deren Vertreter vor Gericht. Die Lehre von den „complementi", die Fälle der Rechtshilfe kraft Imperiums, dann aber die Darstellung des extraordinären Rechtsgangs, des nachklassischen und des justiniani-

schen Prozeßrechts wird wohl in einem dritten Bande folgen und dann dürfen wir auch einen Sach- und einen Quellenindex erwarten, den anzuschließen der Verf. gewiß nicht unterlassen wird.

Da ich bei eigener Arbeit noch genug Gelegenheit finden werde, mich über Einzelheiten sowohl als über die Stellungnahme zu generell bedeutsamen Fragen im Buche des Verf. zu äußern, so kann ich mich an dieser räumlich beschränkten Stelle um so eher mit einigen Andeutungen begnügen, als sich die Fragen, über die ich mit dem Verf. nicht übereinstimme, keineswegs im Handumdrehen erledigen lassen, und der Verf. bei seiner guten Quellen- und ausgedehnten Literaturkenntnis überall gut geschützte Positionen bezogen hat. Auch ist es mißlich, endgültig zu urteilen, ehe ein Werk voll fertig vor uns steht (vgl. z. B. II 68 [6]).

In wesentlichen Dingen stehe ich mehr auf dem Boden der Arbeiten Wlassaks. So z. B. in der Frage nach der Stellung des Gerichtsmagistrats im gesetzlichen Spruchverfahren, in der Frage nach dem Ursprung der römischen Einrede (vgl. I 202f.), nach dem Alter der äbutischen Lex (I 212f.), die gewiß auch von Wlassak „fu studiato in particolar modo". In anderem ist, wie natürlich der Verf. selbst sich genau notiert hat, neue Literatur mit neuen Zweifeln und Vertiefungen hinzugekommen. Ferner kann der Verf. selbstredend für sich das Recht der systematischen Anordnung des Stoffs in Anspruch nehmen, dies um so mehr, als er ja das ganze System des Privatrechts für seine Studenten zusammenstellt (vgl. etwa II 121—123).

Das Buch wird gewiß den italienischen Studenten, auch denen, die nicht des Verf. unmittelbare Schüler sind, gute Dienste leisten. Es wird aber auch Forschern schon um der fleißigen Zusammenfassung des nicht jedem leicht übersehbaren Stoffes und der Literatur willkommen sein. So dürfen wir dem Verf. mit unserem Dank für seine Mühe auch die Erwartung aussprechen, daß wir bald den freilich nicht leichten Schlußteil seines Werkes erhalten mögen. Wir dürfen dabei wohl um ausgiebige Verwertung der papyrologischen Quellen und der Literatur zum römischen Prozeßrecht Ägyptens ebenso ersuchen, als den Wunsch nach den unentbehrlichen Indizes wiederholen.

München. L. Wenger.

A. Heisenberg und L. Wenger, Byzantinische Papyri in der Königlichen Hof- und Staatsbibliothek zu München. Mit 37 Tafeln in Lichtdruck. Leipzig und Berlin, B. G. Teubner, 1914.

Wie bekannt, hat die Königliche Bibliothek zu München vor einigen Jahren durch Vermittlung des deutschen Papyruskartells eine beträchtliche Anzahl von Papyrusurkunden aus Ägypten erworben; diese bilden derzeit einen wichtigen Bestandteil der durch v. Laubmann begründeten Münchener Papyrussammlung, aus der einige ältere

Stücke schon früher veröffentlicht worden sind wie z. B. das von Wilcken, Arch. f. Pap.-F. 3, 387 publizierte ptolemäische Ehevertrags-Fragment, während allerdings die Mehrzahl jener älteren Stücke einer zusammenfassenden Veröffentlichung noch harrt. Die neuen Erwerbungen werden jetzt von Heisenberg und Wenger in einer vorzüglichen, sorgfältig vorbereiteten Ausgabe vorgelegt; die Herstellung und die Übersetzung der Texte beruht dabei auf gemeinsamer Arbeit; die paläographischen und sprachlichen Bemerkungen und der kritische Apparat zu den Urkunden rühren von Heisenberg her, ebenso die Einleitung II, während die Einleitung I und die sachlichen und juristischen Kommentare von Wenger verfaßt sind. — Die publizierten Urkunden stammen örtlich aus der Gegend von Syene-Elephantine, zeitlich aus der zweiten Hälfte des 6. Jahrhunderts. Die erhaltenen Datierungen von sieben Stücken führen in die Zeit von 11. März 574 bis 15. Februar 594. Die Papyri haben eine Art innern Zusammenhang durch die in ihnen erscheinenden Parteien, welche der Familie des Schiffers Dios-Pasarei angehören; zwischen ihnen finden Rechtsstreitigkeiten, Auseinandersetzungsgeschäfte und Kaufverträge statt, welche sich großenteils auf das Familienvermögen beziehen. Die einzelnen Urkunden tragen den gewohnten Charakter der byzantinischen Papyri an sich: großen Wortreichtum, dem der sachliche Inhalt nicht vollkommen entspricht; doch findet sich auch in ihnen einiges, was von juristischem Interesse ist und von Wenger nach Gebühr hervorgehoben und eingehend erläutert wird. So in N 4 + 5 V lin. 38 die Bestimmung, der Kauf solle gelten *ὡς ἐν δημοσίῳ ἀρχείῳ γεγενημένη*, welche für diese Zeit überrascht, sich aber auch in N 11 l. 60 und 12 l. 46 wiederfindet; vgl. dazu Wenger S. 148 (zu N 13 l. 66). Man beachte ferner die Wendung *ἐπερωτηθεὶς κατὰ πρόσωπον ὡμολόγησα* in N 4 + 5 l. 46, N 9 l. 92; doch ist hier nicht mit den Herausgebern zu übersetzen: „befragt habe ich persönlich zugestimmt", sondern „persönlich befragt (genauer „ins Angesicht befragt") habe ich zugestimmt"; ganz deutlich zeigt dies schon die Wortstellung, besonders in 4 + 5 l. 46. Interessant ist der Hinweis auf das zurzeit geltende formelle Beweisrecht in N 6 l. 59, dazu Wenger S. 66. Beachtung verdient in N 6 l. 7—8 der *ὅρκος ἐπακτός*; der Ausdruck ist bekannt, doch gehn die Definitionen schon in den alten Quellen auseinander; einige bestimmen den *ὅρκος ἐπακτός* als iusiurandum ab alio impactum, während Harpokration und die Basiliken darunter das iusiurandum voluntarium verstehn. In unserm Papyrus wird dieser Eid auch als *ὅρκος περὶ συνειδήσεως* bezeichnet (lin. 24). Mit ihm läßt sich etwa der Eid in P. Lips. 43 vergleichen; da letzterer ergehn soll *περὶ τοῦ μηδεμίαν ἀφαίρεσιν πεποιῆσθαι*, ersterer *περὶ τοῦ ὅτι οὐδὲν ἀπεκρύψατο* (sc. *ἡ Κακό*), sind beide Eide inhaltlich gleich. Die Parallele von Lips. 43 legt aber auch die Annahme nahe, daß der Schwur in Mon. 6 der Kako von den *μεσῖται* auferlegt worden sei, unter deren Intervention die Teilung erfolgt war (Mon. 6 l. 4); er wäre dann ein iusiur. iudiciale. Nicht zu übersehen ist auch die charakteristische Formel, mit der die Teilung des Vermögens angeordnet wird:

τὰ πράγματα εἰς τρία διαιρεθῆναι μέρη καὶ αὐτὴν μὲν λαβεῖν τρίτον μέρος (l. 4—6); ganz ähnlich der Ausdruck in Lips. 43, 16—19. — Mon. 6 enthält in l. 56 auch den Terminus *σωματικὸς ὅρκος*, d. i. der körperliche Eid auf Reliquien, Kreuz, Bibel u. a. unter Anfassung dieser Dinge. Durch seine objektive Stilisierung bedeutsam ist der Vergleich N 7, der Schiedsspruch eines Priesters ferner kommt vor in N 14; endlich in N 16 findet Wenger eine Illustration zur Lehre von der servitus oneris ferendi (S. 143). — Diese kurzen Bemerkungen sollen nur auf einzelne besonders in die Augen springende privatrechtliche Ergebnisse der Publikation hinweisen; bei eingehendem Studium werden die Münchener byzantinischen Papyri noch vieles Material aufweisen, das sowohl archäologisch interessant ist, z. B. für die Militärverfassung Oberägyptens im 6. Jahrhundert, als auch von Wichtigkeit für das Studium der byzantinischen Rechtsquellen; für dieses dürften sie eines unserer wichtigsten Hilfsmittel werden. Es ist zu hoffen, daß ein Lexikon zu den Novellen ergänzend an ihre Seite tritt. Die vorliegende Ausgabe ist durch hohe Sorgfalt ausgezeichnet, sowohl nach der philologischen als der rechtshistorischen Seite hin; die Kommentare von Wenger zeigen die umsichtige und gewissenhafte Arbeitsweise, die wir an Wenger so sehr zu schätzen gewohnt sind, wieder im besten Lichte. Zu wünschen wäre nur, daß bei einzelnen bemerkenswerten Wendungen der Urkunden jeweils konstatiert worden wäre, ob es sich um *ἅπαξ εἰρημένα* handelt, oder ob und welche Parallelen sich finden; solche Feststellung ist für den Leser sehr wertvoll, weil sie ihm viel Zeit erspart. Daß jedem einzelnen Stücke die vollständige Übersetzung des Textes beigegeben ist, halte ich entsprechend der von Wilcken und mir von jeher vertretenen Anschauungen für einen Luxus; direkt bedenklich stehe ich der Gepflogenheit der Herausgeber gegenüber, unvollständige, aber sicher zu lesende Buchstaben zu unterstreichen. Obwohl auch in der Papyruschrestomathie mit derselben nicht durchwegs gebrochen ist, bekenne ich doch, von ihr ebensowenig zu halten, wie A. S. Hunt, der sich noch jüngst wieder energisch gegen sie gewendet hat (the Classic. Review, August 1913 p. 165 f.). — Vortreffliche Lichtdrucktafeln begleiten die schöne Edition, für deren mühevolle Herstellung den Herausgebern unsere volle Anerkennung und aufrichtiger Dank gebührt.

Leipzig. **Mitteis.**

Rudolf Sohm (junior, Privatdozent a. d. Univ. Würzburg), Die Litis contestatio in ihrer Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozesses. München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1914.

Die vorliegende kenntnisreiche und klar geschriebene Abhandlung sucht laut Vorwort „nur ein einzelnes Institut des Prozeßrechts in seiner Entwicklung vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart zu verfolgen“. Da es für jede Prozeßordnung geradezu ein Glaubensbekenntnis bedeutet, ob und welchen Begriff der Streiteinlassung sie besitzt — haben doch die grundlegenden Forschungen Wlassaks die heutige Romanistik dazu geführt, in der vertragsmäßigen Litis contestatio geradezu die Wurzel für den römischen Privatprozeß zu erkennen —, so ist man etwas verwundert, die L. C. vom Verfasser als ein einzelnes Institut des Prozeßrechts bezeichnet zu sehen. Unzweifelhaft hätte auch unter dem gleichen Titel ein Buch von umfassenderer Anlage geschrieben werden können; es konnte untersucht werden, wie sich im mittelalterlichen Prozeß resp. den einzelnen Wurzeln, welchen dieser entspringt und den Ästen, welche er getrieben hat, der Gedanke einer besonderen Streiteinlassung und einer dadurch bedingten Gliederung des Verfahrens, Abschneidung prozeßhindernder Einreden u. ä. ausgestaltet hat. Dazu wäre eine Darstellung des älteren deutschen, italienischen und französischen Prozesses in besonderer Hinsicht auf die bezeichneten Fragen erforderlich gewesen, und damit eine sehr umfassende Darstellung an der Hand nicht bloß der literarischen, sondern vor allem auch der urkundlichen und gesetzlichen Quellen. Der Verfasser hat seine Aufgabe anders verstanden und zu ermitteln gesucht, welche Bedeutung die mittelalterliche und spätere Doktrin dem in den römischen Quellen begegnenden Wort Litis contestatio beigelegt haben. Wenn so das Buch sein Thema enger als wir erwartet hätten, vielleicht zu enge, begrenzt, so ergibt sich daraus allerdings nur ein Vorwurf gegen den Titel des Werkes; dieser sollte anders gefaßt sein. Im übrigen haben die geschichtlichen Untersuchungen Sohms ihren selbständigen Wert, sie geben eine Geschichte des Wortes Litis contestatio, d. h. der Verwendung und Auslegung, welche demselben zuteil geworden ist, und diese Geschichte hat unzweifelhaft ihr Interesse und ihren Nutzen. Ausgegangen wird von der nachklassischen litis contestatio, in welcher der Verfasser eine Fiktion erblickt und stark betont; auf Grund von C. Th. 1, 2, 10 (a° 396): „dubium non est, contestationem intellegi etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae“ konstatiert er, daß das spätrömische Recht eine fingierte Litiskontestation hat, an welche es die Wirkungen der echten, klassischen anknüpft, und als deren Zeitpunkt der Verfasser (§ 9) für das Recht des C. Theodosianus, von dem freilich das justinianische (C. J. 3, 9, 1) etwas abweicht, die Klageeinreichung vermutet; durch diese Fiktion

sei die **Idee** der echten L. C. im nachklassischen Recht noch lebendig geblieben. Später ist auch diese Idee erloschen; und zwar sowohl in den Ländern außerhalb Italiens, als auch in Italien selbst. Ersteres zeigt die Interpretatio zum Breviarium Alarici, welche deutlich die Einreichung der Klageschrift selbst als (wirkliche, nicht fingierte) L. C. bezeichnet, also selbst den fiktiven Gedanken einer zweiseitigen Streitbefestigung aufgibt und durch den einer einseitigen Streit**erklärung** ersetzt; in den späteren westgotischen Quellen und der Literatur zum Breviar verschwindet sogar das **Wort** litem contestari immer mehr; wo es ausnahmsweise noch vorkommt, wird es völlig mißverstanden; ebenso ist es auch in der l. Rom. Burgundionum nicht vorhanden. Was sodann Italien anbetrifft, so ist hier eine Verwendung des Litiskontestationsbegriffs allerdings noch in der Summa Perusina zum Codex aus der zweiten Hälfte des siebenten Jahrhunderts nachweisbar. S. P. 3, 9, 1 sagt: Contestatio litis non fiet nisi per interlocutionem judicis. Der Sinn dieser etwas rätselhaft klingenden Äußerung scheint aber, wie der Verf. durch Untersuchung des Sprachgebrauchs feststellt, nur zu sein, daß eine L. C. bloß in der durch den Iudex verordneten Klagezustellung liegen soll, also in der gerichtlichen Conventio. Danach würde auch hier die dem C. Theod. noch eigentümliche **Fiktion** eines beiderseitigen Parteiakts auf einen reellen einseitigen Parteiakt reduziert sein. — In den späteren westlichen Quellen des ersten Jahrtausends ist sodann auch das **Wort** l. c. verschwunden. Erst seit dem 11. Jahrhundert beginnt die L. C. hier wieder aufzutauchen, zunächst in Italien, dann — im 12. Jahrhundert — in den exceptiones Petri, bald darauf auch in Deutschland, hier wie dort in schwachen Spuren. Immer aber wird hier die L. C. **rein äußerlich** gefaßt, als der Zeitpunkt, an welchen sich die in den Gesetzen vorgeschriebenen Wirkungen der Streithängigkeit anknüpfen. Der Verf. bezeichnet das, wie mir scheint, nicht ganz glücklich als Fehlen des Fiktionsgedankens, den auch Justinian C. 3, 9, 1 (lis enim tunc **videtur** contestata sqq.) zum Ausdruck bringe. Ich sehe nicht recht ein, warum dieser Fiktion so hohe Bedeutung zukommen sollte. Sicher scheint aber, was Sohm sehr scharf betont, daß die mittelalterliche L. C. eine feierliche Erklärung der Streitabsicht im Beginn der mündlichen Verhandlung sei, also eine feierliche Prozeßhandlung zur Erklärung der Streitabsicht, daher eine leere Form. — Erst allmählich tritt in der Postglossatorenliteratur der Vertragsgedanke in der Annahme eines Quasikontraktes wieder hervor. Dabei ist es dann im wesentlichen bis auf die neueste Zeit geblieben. In interessanter dogmengeschichtlicher Darstellung zeigt uns der Verf., wie der Gedanke des Quasikontraktes immerfort die Literatur beherrscht; doch hat er jede reale Bedeutung verloren, indem die schließliche Praxis des gemeinen Zivilprozesses die Litiskontestationswirkungen an die Insinuation der Klageschrift anknüpft.

So ist im Grunde die ganze nachrömische Litiscontestatio nur ein Rudiment des ursprünglichen Instituts; zwar hatte Justinian ver-

sucht, durch C. 3, 9. 1 ihr eine der altrömischen wenigstens praktisch nahestehende Bedeutung zu geben, indem er sie in die narratio causae und das audire coepisse hinein verlegt; aber wie wir sehen hat schon die früheste Zeit der nachrömischen Entwicklung diese Bedeutung vergessen, und wenn auch seit dem Mittelalter der justinianische Gedanke von genaueren Kennern der Quellen wieder gelegentlich aufgenommen wird, so ist er doch in der Schlußentwicklung des gemeinen Prozeßrechtes definitiv erstorben. Für das moderne Recht aber ist infolgedessen die Litiscontestatio ein bloßer geschichtlicher Begriff geworden. Diese Schlußfeststellung des Verf.s ist unbestreitbar richtig, und wenn sie auch niemanden überraschen kann, so gebührt ihm doch das Verdienst, ein reich ausgeführtes Bild davon zu geben, wie sich unser Institut im Laufe der Jahrhunderte in den Köpfen der Rechtsgelehrten gemalt hat. Seine Darstellung enthält, wie ich bereits andeutete, keine eigentliche Sachgeschichte der Streitbefestigung (ob zu einer solchen überhaupt die erforderliche Prämisse einer allgemeinen gleichförmigen Entwicklung gegeben ist, weiß ich nicht), wohl aber bietet er eine wertvolle Dogmengeschichte dessen, was man seit Beginn der Rezeption unter dem Schlagwort Litiscontestatio gedacht und verstanden hat; wer immer in Hinkunft einen Teil der einschlägigen Probleme oder das Ganze bearbeiten wird, wird in diesem Buch einen trefflichen Führer durch Quellen und Literatur besitzen.

Ich kann diese Anzeige nicht mit dem Wunsch beschließen, den man sonst bei Besprechungen von Erstlingsschriften auszusprechen pflegt, daß nämlich dem Autor eine erfolgreiche Fortsetzung der begonnenen wissenschaftlichen Tätigkeit gegönnt sein möge; unser Verfasser ist nicht mehr unter den Lebenden. Er ist vor wenigen Wochen auf dem Felde der Ehre, in den Kämpfen um Bixschoote in Flandern als Leutnant in der Reserve eines mecklenburgischen Infanterieregiments gefallen. So müssen denn diese Zeilen gleichzeitig dienen als Anzeige vom Tode eines hochbegabten, edlen und persönlich überaus liebenswürdigen jungen Gelehrten, dessen Verlust alle aufs tiefste betrauern, die zu ihm als ihrem Schüler oder Freund in persönlicher Beziehung standen. Die angezeigte Schrift hatte als Grundlage seiner Habilitation für Zivilprozeßrecht an der Universität in Würzburg gedient; seine glänzend begonnene aussichtsreiche Laufbahn ist nun vorzeitig beendet und wir beklagen in ihm ein teures Opfer des wider uns frevelhaft heraufbeschworenen Krieges.

Leipzig, Dezember 1914. Mitteis.

ZEITSCHRIFT
DER SAVIGNY-STIFTUNG
FÜR
RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

E. I. BEKKER, L. MITTEIS, R. SCHRÖDER,
† H. BRUNNER, U. STUTZ, A. WERMINGHOFF.

SECHSUNDDREISSIGSTER BAND

XLIX. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1915.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXXVI. Bandes.

Romanistische Abteilung.

Seite

Miszellen:

Literatur:

I.

Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae.[1])

Von

Herrn Privatdozenten Dr. **Ernst Levy**

in Berlin.

I. Die in ius konzipierten Formeln der actiones commodati und pigneraticia hatten den Zusatz „ex fide bona" nicht. Das Gegenteil lehrt fast einstimmig die moderne Forschung[2]), die hier noch der Pandektendoktrin folgt. Aber mit Unrecht.[3])

1. Im julianischen Album, das der Frage nach der Formelgestaltung einen sicheren terminus ante quem setzt, stehen die beiden Aktionen nicht unter den bonae fidei iudicia, sondern als „kondiktionenartig"[4]) in der stark kontrastierenden Sammelrubrik „de rebus creditis". Und doch

---

[1]) Die folgende Studie zeigt nicht überall den letzten Schliff, weil ich vor der Niederschrift von IV und V zum Heeresdienst einberufen wurde. Insbesondere in diesen beiden Abschnitten und bei der Verwertung neuerer Literatur wäre ich gern tiefer gedrungen. — Auf meine noch nicht gedruckte Arbeit über die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht habe ich durch Nennung der betreffenden Paragraphen mehrfach verwiesen.

[2]) Aus neuerer Zeit: Segrè, Studi Fadda VI 333ff., Lenel, Ed. 246f., ZSSt. 30, 350, de Francisci, Studi Senesi 24, 351ff., Girard, Man. 528, 1019 N. 7, Perozzi, Istit. II 67 N. 5, 275 N. 4, Kübler, Festg. f. Gierke S. A. 22, Partsch, ZSSt. 31, 417, Peters, ZSSt. 32, 184f., Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis 32 N. 3. — Dagegen begnügt sich Seckel-Heumann, „fides" 5a mit der Aufzählung des Gaius.

[3]) Zu 1) und 2) s. namentlich Segrè a. a. O. 339ff.

[4]) So die Bezeichnung Pernices, Labeo II 2, 154ff.; vgl. auch unten S. 73 N. 5.

sind sie nicht etwa aus besonderen Gründen dorthin attrahiert wie anderswohin die actiones negotiorum gestorum, rei uxoriae und tutelae.

2. Obwohl die Klassiker den bonae-fidei-Charakter der ihn aufweisenden Aktionen oft hervorheben[1]) und die Byzantiner derartige Äußerungen sichtlich gern konservieren, werden die actiones commodati und pigneraticia nur[2]) in anerkannt verfälschten Texten mit der fides bona in Verbindung gebracht: die eine in zwei Digestenfragmenten[3]), die andere je einmal in den Digesten[4]) und im Codex.[5])

3. Als bonae fidei iudicia aufgezählt werden die beiden Aktionen nur in dem Katalog der justinianischen Institu-

[1]) Segrè 344 N. 2.

[2]) Von der diokletianischen Äußerung in C. 4, 23, 2 (a. 293) ist hier abzusehen. Desgleichen von Ulp. D. 50, 17, 23, das nicht einmal dann etwas bewiese, wenn es echt wäre; zu den Interpolationen Pernice a. a. O. III 23 N. 4, Ferrini, Arch. giur. 53, 47, de Medio, Bull. 17, 14 N. 1; 18, 276f., Segrè a. a. O. 349ff., Mitteis, RPR. I 152 N. 60, 322 N. 29, 324 N. 34, 327 N. 41, 330 N. 43, P. Krüger z. d. St., Girard, Man. 652 N. 5, Perozzi, Istit. II 127 N. 3, Albertario, Bull. 25, 19. Zu zurückhaltend Pernice a. a. O. II 2, 146ff., Kübler a. a. O. 37f., Kalb, Wegweiser 27.

[3]) Zu D. 13, 6, 3, 2 Pernice II 2, 155 N. 1, Longo, Studi Moriani I 197ff., Segrè a. a. O. 336, 336 N. 2, 346, Mél. Girard II 569 N. 3; Seckel-Heumann, „fides" 5a, Lenel, Ed. 246 N. 1, 247 N. 2, Taubenschlag, Grünhuts Ztschr. 35, 144f., Partsch, ZSSt. 31, 417, Biondi a. a. O. 25 N. 1, Bertolini, Proc. civ. II 49 N. 5. — Zweifel hatte schon 1894 Ferrini, Arch. giur. 52, 475 N. 1 a. E. geäußert. — Zu D. 17, 2, 38 pr., das Lenel 246 als beweiskräftig überhaupt nicht nennt: Segrè, St. Fadda VI 347, de Ruggiero, Bull. 19, 37ff., 84, Peters, ZSSt. 32, 184f., Albertario, Bull. 25, 27 N. 4. Näheres in m. Konkurrenzrecht § 6.

[4]) D. 47, 2, 62, 3 ist entweder überhaupt Elaborat der Kompilatoren (wofür die Denkform „in his [sc. actionibus] amplius sit", das „omni modo cogendus est" und die plötzliche indirekte Rede am Schlusse sprächen; vgl. auch unten S. 65 N. 1) oder ursprünglich ebenso von der fiducia geschrieben wie der vorangehende § 1: so Eisele, ArchZiv Prax. 84, 327 N. 9, 340f., ZSSt. 30, 146f. und Segrè a. a. O. VI 344 N. 2 gegenüber Lenel, Pal. I 30 N. 3, Haymann, Haftung d. Verkäufers 52 N. 2. 3, 99 N. 2 und anscheinend auch Beseler, Beiträge II 109.

[5]) C. 4, 24, 6 bezieht sich auf die fiducia: Segrè a. a. O. VI 348; anders Lenel, Ed. 247, Siber, Passivlegit. b. d. rei vindicatio 211, Partsch, ZSSt. 31, 417, Schulz, ZSSt. 32, 43 N. 2.

tionen[1]), der außer klassischen Bestandteilen unstreitig Zusätze byzantinischer Herkunft aufweist; sie fehlen in den Übersichten des Cicero (de offic. 3, 17, 70, vgl. de nat. deor. 3, 30, 74) und namentlich des Gaius (IV 62). Die Wucht des letzteren Zeugnisses abzuschwächen, sind zahlreiche, aber m. E. durchweg unzureichende Versuche unternommen worden. Daß der gajanische Katalog nicht einfach aus dem justinianischen zu ergänzen ist, darüber ist heute wohl kein Wort mehr zu verlieren[2]): das Schreiberversehen, auf dem die doppelte Überlieferung seiner letzten Worte beruht, kann solchen Ergänzungen keine Stütze bieten. Die Liste schließt mit der actio rei uxoriae ab und ist in diesem Umfang von ihrem Autor als erschöpfend erachtet worden: das hat neuerdings namentlich G. Segrè mit Recht zugrunde gelegt.[3]) Wenn Segrè aber annimmt[4]), daß des Gaius Worte nicht des Gaius Meinung ausgedrückt haben sollten, so wird man sich damit am allerwenigsten befreunden können. Seine Anschauung, Gaius habe seinen Autor entweder ohne Rücksicht auf die (angeblich) inzwischen eingetretene Änderung des Rechtszustandes gedankenlos abgeschrieben oder mindestens sich in dem Glauben befunden, daß jene Aufzählung nur eine beispielsmäßige, keine vollständige sei, enthält gegen Gaius überaus schwere Vorwürfe. Sie ist in ihrer ersten Alternative mit der kurz vorangehenden Erwähnung der formula commodati in ius concepta[5]), in ihren beiden Alternativen mit dem unantastbaren stilistischen und pädagogischen Talent des Gaius kaum zu vereinigen. Auch abgesehen davon bedarf eine Vermutung, die einen im großen ganzen[6]) als durchaus

---

[1]) 4, 6, 28.

[2]) Hierzu Gradenwitz, Interpol. 107f., Kübler, ZSSt. 28 (1907), 412; anders wieder Kübler, Festg. f. Gierke (1910) S.-A. 7, Bertolini a. a. O. II 43f.

[3]) a. a. O. 333ff.

[4]) Zustimmend de Ruggiero, Bull. 19, 83 N. 1, Lenel, ZSSt. 30, 350, Ed. 40 N. 2, Kübler, R.-E. VII 497, 501; vgl. auch schon Kniep, Praescriptio und pactum 22. Dagegen Kübler, Festg. a. a. O. 6.

[5]) IV 47, auf welche Ausführungen Gaius noch in IV 60 („supra") verweist.

[6]) Die von Kniep und Kübler (ob. N. 4), Jörs, R-E. V 1449f.,

zuverlässig bekannten Schriftsteller zu seinem jedes Zusatzes ermangelnden Referat in Gegensatz bringen will, eines zwingenden Grundes. Daß es einen solchen nicht gibt, erkennt Segrè an[1]); aber auch durch ihren Zusammenhalt werden seine Indizien nicht beweiskräftiger. In Gai. IV 33, 47[2]), 59 liegt nicht das schwächste Anzeichen dafür, daß die eine formula commodati die Worte „ex fide bona" enthalten habe. Gai. D. 13, 6, 18, 1 würde, auch wenn die Auslegung Segrès[3]) statthaft wäre, ebenso wie Ulp. D. 13, 7, 13 pr.[4]) bestenfalls nur die ja gar nicht fragliche Tatsache der doppelten Formel beweisen[5]), und D. 13, 6, 18, 4 fiele nur dann ins Gewicht, wenn die Möglichkeit einer Kompensation anders als durch die Klausel „ex fide bona" überhaupt nicht zu erklären wäre.[6]) Daß eine derartige Klausel condicio sine qua non für die Zulässigkeit eines iudicium contrarium oder einer actio contraria[7]) gewesen sei, wird heute[8]) wohl kaum noch vertreten.[9])

4. Der Verleiher und der Hinterleger, der, um die weggegebene Sache wiederzuerlangen, Geld hingibt, kann das Geld zurückfordern. Nach Ulp. D. 27, 3, 5 nicht nur mit der Kondiktion, sondern auch mit der Vertragsklage.

Segrè a. a. O. 334 N. 1 und P. Krüger, Gesch. d. Qu.² 204 N. 23 berührten Unebenheiten sind daneben von untergeordneterer Bedeutung.

[1]) a. a. O. 335.

[2]) Die hier bezeugte „Ähnlichkeit" mit der actio depositi ist in Ansehung der formula in ius concepta keine größere als in Ansehung der formula in factum concepta. Ist der Wegfall des „dolo malo" in der letzteren Kommodatsformel mit jener Ähnlichkeit verträglich, so ist es auch das Fehlen des „ex fide bona" in der ersteren.

[3]) a. a. O. 338 N. 1; s. auch 381 N. 2, 383; vgl. übrigens die Interpolationsvermutung de Ruggieros, Bull. 19, 33ff., 84.

[4]) Zu beiden Stellen ausführlich m. Konkurrenzrecht § 91.

[5]) Dasselbe gilt von der Differenz zwischen Javol. D. 47, 2, 72 pr. und Paul. D. 44, 7, 34, 1, auf die Segrè a. a. O. 369ff. so großes Gewicht legt; gegen ihn m. Konkurrenzrecht §§ 97, 98.

[6]) Hierzu unten S. 75f.

[7]) Zu diesen Termini Partsch, Negot. gest. I 54ff., bes. 58f.

[8]) Anders früher: s. z. B. Huschke, Gaius 229.

[9]) Segrè a. a. O. 388f. hält nicht einmal eine in ius konzipierte Formel für erforderlich. Das geht aber zu weit. Besser Lenel, Ed. 247, Partsch a. a. O. 54f.

Aber klassisches Recht ist das nur für die bonae fidei iudicia, z. B. fiduciae (auf die sich die Stelle in Wahrheit bezog[1])), depositi[2]), locati[3]), venditi[3]), mandati (?)[4]), nicht für Kommodat[5]) oder Pignus[6]). Der Kommodant hat sich genau wie der Stipulationsgläubiger und der Damnationslegatar mit der condictio zu begnügen. Das wird präzis in D. 12, 5, 9 betont, einem Fragment, das den Gegensatz mehr zwischen den Zeilen erkennen läßt und gerade darum dem Spürsinn der Kompilatoren entgangen ist. Und dieses Fragment stammt von dem mit der formula in ius concepta längst vertrauten Spätklassiker Paulus, der sich dafür auch auf Pomponius beruft. Ob oder wie weit er dabei den Plautius benutzt hat, ist nicht ersichtlich und tut nichts zur Sache.[7])

Das Dogma der bonae-fidei-Natur der actiones commodati und pigneraticia ist also beweislos. Trotzdem machen es — um von anderem zu schweigen — Erscheinungen wie die Behandlung der Kompensation[8]) und der Aktionenkonkurrenz[9]) oder die Berücksichtigung des Interesses am „certo loco vel tempore reddi"[10]) unabweislich, daß der Geschworene in den beiden Judizien eine nicht

---

[1]) Vgl. Lenel, Ulp. 2904, Pernice, Lab. III 230 N. 2, Segrè a. a. O. 387, de Ruggiero, Bull. 19, 31f., Peters, ZSSt. 32, 194, P. Krüger, Digesten 12. Aufl. (addenda).

[2]) Labeo D. 16, 3, 34.

[3]) Paul. D. 12, 5, 9, 1.

[4]) Es fragt sich, ob das Mandat in Paul. D. 12, 5, 9, 1 echt ist; dafür Lenel, Paul. 1106, Segrè a. a. O. 386f., Mitteis, ZSSt. 32, 4; dagegen Pernice nach P. Krüger z. d. St. (wofern Krüger nicht versehentlich Labeo III 230 N. 2 hierher gezogen hat) und Eisele, ZSSt. 30, 112.

[5]) Das von Pernice a. a. O. im gegenteiligen Sinne angef. Paul. D. 13, 6, 17, 5 behandelt eine ganz andere Frage.

[6]) Für das pignus ist allerdings höchstens Paul. D. 12, 6, 36 i. f. indirekt ergiebig.

[7]) Keinesfalls kann das Fragment mit Segrè 385ff. auf Plautius allein zurückgeführt und damit aus den Belegen für die nachjulianische Zeit ausgeschaltet werden.

[8]) D. 13, 6, 18, 4.

[9]) D. 9, 2, 18; 13, 6, 7, 1; eod. 18, 1; 44, 7, 34 §§ 1, 2; 47, 2, 72 pr. usw. Näheres in m. Konkurrenzrecht.

[10]) D. 13, 6, 5 pr.

unbeträchtliche Freiheit der Entschließung gehabt hat. Woraus hat er die entnommen? Unwillkürlich wenden sich die Blicke zu den „actiones arbitrariae“. Freilich: eine Klausel „nisi (neque) ea res arbitrio tuo restituetur“ hat keine der beiden Aktionen je gehabt. Aber entscheiden könnte dieser Einwand doch nur dann, wenn schon das klassische Recht unter „actiones arbitrariae“ dasselbe verstanden hätte, was man heute regelmäßig darunter begreift.

II. A. Die von Biondi[1]) neuestens aufgeworfene Vorfrage, ob die klassische Theorie denn überhaupt einen Begriff von actiones arbitrariae gekannt habe, ist von den seither laut gewordenen Stimmen[2]) gegen den Fragesteller d. h. bejahend beantwortet worden, und zwar mit Recht. Die insoweit[3]) zu billigenden Ausführungen Lenels machen eine erneute Darlegung dessen entbehrlich. Um so mehr aber muß mit aller Schärfe hervorgehoben werden, daß jene Kategorie keineswegs so anerkannt und marktgängig gewesen ist, wie die moderne Dogmatik glauben läßt. „Judicia arbitraria“ erscheinen in der gesamten Überlieferung[4]) nur an einer nicht einmal völlig gesicherten Stelle: Pap. D. 22, 1, 3, 1[5]), „actiones arbitrariae“ (Plural) unter dem Namen eines Klassikers niemals, ja nicht einmal dort, wo ein solcher

---

[1]) Studi sulle actiones arbitrariae e l’arbitrium iudicis (1913).

[2]) May, Mél. Girard II 151 ff. (mit einer m. E. unbeträchtlichen terminologischen Abweichung; s. besonders 158f.), Segrè ebd. II 563 ff. (besonders 573f.), Arangio-Ruiz, Bull. 25, 130 ff., besonders 141 ff., Lenel, Festg. f. Sohm 201 ff.

[3]) Dagegen nicht hinsichtlich der Ausdeutung des Arbiträrbegriffes.

[4]) Vgl. auch Biondi, Studi 5f.

[5]) Als echt erachten den Anfang der Stelle noch neuerdings May, Mél. Girard II 158f. und Lenel, Festg. für Sohm 212f.; umgekehrt erklärt Arangio-Ruiz, Bull. 25, 142 N. 2 sie ganz und gar für „una inserzione compilatoria“. Einen Mittelweg beschreiten Biondi, Studi 24f., 200, Bull. 26, 19 N. 2 (zu II) und Segrè, Mél. Girard II 569 N. 3, 573; insoweit m. E. zutreffend. Gegen die folgende Fassung wäre nichts einzuwenden: „in his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria, post litem contestatam actori causa praestanda est“; vgl. unten S. 39 N. 5. Wichtig ist hier nur, daß die Tilgung der auffällig nachhinkenden Worte „nec bonae fidei“ formell zu begrüßen ist und sachlich von großer Bedeutung wäre: s. unten S. 81 N. 2.

Terminus hoch willkommen hätte sein müssen. So zerstört auch die zweite Hälfte von Gai. IV 114 ist: das gibt sie zu erkennen[1]), daß Gaius von actiones in rem und actiones in personam getrennt gehandelt hat, statt sie als arbiträre Aktionen zusammenzufassen[2]), und Ähnliches gilt von Ulp. D. 6, 1, 68, wie man sich auch zur Echtheitsfrage stellen mag. Weiter ist nicht zu übersehen, daß Gaius in IV 141 und 163 bei der Schilderung des Interdiktenverfahrens nicht etwa die „formula arbitraria" als feststehende Größe einführt, sondern — was bei seiner korrekten Diktion nicht Zufall sein kann — das eine Mal „formulam, quae arbitraria vocatur", das andere Mal „formulam, quae appellatur arbitraria" sagt, also das zum Ausdruck bringt, was wir heute „sogenannte formula arbitraria" nennen würden.[3]) Wie die Wendung so warnt die von Gaius dort behandelte Sache vor einer auf sein Zeugnis gestützten Verallgemeinerung der Terminologie: da das entgegengesetzte Verfahren, das agere per sponsionem gleichfalls auf einen Prozeß hinauslaufen kann, der im Sinne der herrschenden Meinung durch eine mit „Arbiträrklausel" ausgestattete Formel instruiert ist[4]), so ist das „agere per formulam quae appellatur arbitraria" lediglich historisch d. h. aus dem speziellen Werdegang des Interdiktenverfahrens zu erklären.[5]) — Auch hinsichtlich der als „arbiträr" bezeichneten einzelnen Aktionen ist das Resultat rasch zusammengetragen. Schlechthin „actio arbitraria" ist nur die sog.[6]) actio de eo quod certo loco[7]). Außerdem werden

---

[1]) Vgl. Lenel, Beiträge z. K. d. prätor. Edikts 99.

[2]) Anders jetzt Lenel, Festgabe für Sohm 205f.

[3]) Ob Ulp. Inst. fr. Vindob. V 1 entsprechend „⟨per formulam, quam vocamus⟩ arbitrariam" geschrieben hat, ist nicht mehr festzustellen; V 2 hat schlechthin „formulam arbitrariam".

[4]) Darauf hat Biondi, Studi 6ff., 17 hingewiesen.

[5]) Lenel, Festgabe 207. — Über den Sinn von „arbitraria" unten S. 15ff.

[6]) Vgl. Biondi, Sulla dottrina romana dell' actio arbitraria (1911) 91 N. 1; VIR. I 720, 36–39.

[7]) VIR. I 486, 23–26; vgl. auch Lenel, Ed. 238f., Gradenwitz, ZSSt. 24, 238ff., Biondi, Dottrina 105f., Studi 6, 15f., May, Mél. Girard II 152ff., Segrè, ebd. II 564ff., 573, Riccobono, Bull. 26, 51. Gegen Arangio-Ruiz, Bull. 25, 130ff., bes. 141ff., der diese Bezeichnung

als „arbitraria" charakterisiert nur je einmal die „formula"[1]) Fabiana, ferner die actio qu. metus ca. in einem mindestens im übrigen interpolierten Digestensatz[2]), endlich, falls Zachariaes Konjektur zutrifft[3]), die actio de usufructu (Lenel Ed. 356) in einem Scholion des Stephanos.[4]) — Den Restbestand bildet die bekannte Institutionenstelle (4, 6, 31), die, weil sie eben die einzige prinzipielle Äußerung über die „actiones arbitrariae" ist, die Verantwortung für die bisher herrschende Lehre trägt. Aber so sicher sie einen klassischen Kern in sich birgt, so wenig ist sie intakt in dem, was sie bringt, noch gar in dem, was sie verschweigt.[5]) Außer Zweifel stellt sie — im Verein mit so manchen Interpolationen[6]) — nur das eine, daß die Byzantiner, wie erklärlich, jener Rubrizierung durchaus ihre Sympathien

---

der actio de eo quod certo loco für unklassisch erklärt: Biondi, Studi 199f., Bull. 26, 16ff. und namentlich Lenel, Festg. f. Sohm 221f.; vgl. auch Bull. 25, 193f., wo Arangio-Ruiz die große Bedeutung des arbitrium iudicis für diese Klage als klassisch zugesteht.

[1]) Nicht „actio": fr. de form. Fab. § 1 (dazu Levy, Privatstrafe und Schadensersatz [1915] 79 N. 5, 81). Gegen die Bemühungen Biondis, Studi 26ff., 200f. (vgl. aber auch Bull. 26, 162), dieses Zeugnis auszuschalten: Segrè, Mél. Girard II 569f., Arangio-Ruiz, Bull. 25, 144, Lenel, Festg. für Sohm 213ff.

[2]) Ulp. D. 4, 2, 14, 4: dazu Lenel, Ulp. Nr. 377, Festg. 208ff., Longo, Studi Scialoja I 616, Seckel-Heumann, „licentia" 2, P. Krüger z. d. St. — Die Mehrheit hält den ganzen § 4 für unecht: Gradenwitz, Itpol. 99, ZSSt. 24, 239, VIR. I 485, 38; 486, 27, Biondi, Dottrina 84, Studi 23f., 40, Bull. 26, 17, May, Mél. Girard II 151 N. 2, 152 N. 1, Arangio-Ruiz, Bull. 25, 142 und, wenngleich zögernd, Segrè, Mél. Girard II 569, 571.

[3]) Zachariae, suppl. 70. — Zur Lesung Bortolucci, Bull. 21, 111, Segrè a. a. O. II 564 N. 4 (m. Liter.), Lenel, Festg. 207 N. 3.

[4]) Hierzu träte, aber erst für die Zeit der Basiliken, die actio de dolo, wenn Basil. 10, 3, 18 pr. (Heimb. I 501) beweiskräftig wäre: „ἡ περὶ δόλου ἀγωγὴ αἱρετή ἐστι"; aber weder ist: „αἱρετή" in der Ekloge Basil. 1—10 (vgl. Prolegomena Heimb. VI 187) die ursprüngliche Lesart noch ist in den Wörterbüchern Heimbachs Übersetzung „arbitraria" zu ermitteln.

[5]) S. unten S. 80 N. 3.

[6]) Vgl. z. B. ob. N. 2, u. S. 10 N. 1, 3, 4, 5, 6, S. 12 N. 3, 4, S. 16 N. 1, S. 24 N. 5, S. 25 N. 3, 4, S. 65 N. 1. S. auch D. 13, 4, 4, 1 und dazu Biondi, Dottrina 83ff. (mit Liter.), Studi 23f., Lenel, Festg. 222.

entgegentrugen.[1]) Wenn trotzdem die Ausbeute der Quellen so überaus dürftig ist, so beweist das m. E. zwingend, daß die durch „arbitrarius" gekennzeichnete Eigenschaft gewisser Aktionen für die klassische Theorie keine sonderliche Bedeutung gehabt haben kann.

B. Das wäre kaum begreiflich, wenn die Arbiträrnatur in der Formel einen präzisen Ausdruck gefunden hätte, wenn also, wie man heute noch fast allgemein annimmt[2]), neben die Formeln, „in quibus 'ex fide bona' est additum" solche mit der Klausel „nisi (neque) ea res arbitrio (arbitratu) tuo (iudicis)[3]) restituetur (exhibebitur)" koordiniert getreten und dieserhalb als „arbitrariae" charakterisiert worden wären. Indessen ist diese Behauptung zu bestreiten und ihr die doppelte These entgegenzustellen, daß 1. zwischen der gedachten Charakterisierung und der Restitutionsklausel[4]) kein typischer Zusammenhang bestanden[5]) und es 2. eine Formelklausel des eben angeführten Wortlauts überhaupt nicht gegeben hat.

1. Erweitert man — insoweit in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre[6]) — das kärgliche Quellenmaterial durch Heranziehung der Verwendungen von „arbiter",

[1]) Dies auch gegen Lenel, Festgabe 208 N. 1.

[2]) Dissentienten sind z. B. Cohn (Conrat), Die sog. actio de eo quod certo loco 139ff. und Windscheid, Pandekten I § 46 N. 4 a. E.; vgl. auch Taubenschlag, Grünh. Ztschr. 35, 141 N. 14, vor allen aber neuestens Biondi: über ihn u. S. 42ff. — Außerdem sind noch Wlassaks Worte bemerkenswert (Proz.-Ges. II 290): „Übrigens scheint der Prätor die für seine Jurisdiktion in der Tat bedeutungslose Spaltung des Judexbegriffes im Album nicht weiter beachtet zu haben."

[3]) „Tuo" nach der von Lenel Ed. 110 N. 6 und wohl auch von Partsch, ZSSt. 30, 408 festgehaltenen herrschenden Lehre, „iudicis" nach (Rudorff, Ed. perp. 57 und) Wlassak, R-E. I 309, II 413, ZSSt. 33, 95 N. 1. Zu der unser Thema nicht berührenden Frage ist hier nicht Stellung zu nehmen.

[4]) Im folgenden ist, wo nichts Besonderes gesagt ist, in restituere, restitutio etc. der Kürze halber exhibere, exhibitio überall mit einbegriffen. Es ist dies um so eher zulässig, als die Entwickelung des Exhibitionsbegriffes sich der des Restitutionsbegriffes im wesentlichen durchaus angeschlossen hat; vgl. z. B. u. S. 33 N. 1.

[5]) Ebenso Biondi, Studi 8, 12, 17 u. passim.

[6]) Wegen der m. W. unbeanstandet gebliebenen Rekonstruktionsmethode Lenels s. unten S. 26ff.; a. M. Savigny, Syst. V 125f.

„arbitrium“, „arbitrari“, „arbitratus“, so fällt sofort ins Auge, daß das Vorkommen dieser Ausdrücke sich mit dem einer Restitutions-(Exhibitions-)klausel nach keiner Richtung hin deckt.

a) Auf der einen Seite begegnen jene Termini bei der Mehrheit der restitutorischen Aktionen in einer im Verhältnis zu der Menge des Überlieferten auffallend geringen Zahl. Die rei vindicatio weist, da von Ulp. D. 6, 1, 68 i. f. in jedem Falle abzusehen ist[1]), nur ein „arbitrari“ (Paul. D. 6, 1, 35, 1) und ein „arbitrium“ (Ulp. D. 39, 2, 9, 2)[2]) auf; selbst in Inst. 4, 17, 2 verlautet nichts davon. Auf die actio quasi Serviana bezieht sich bloß das „arbitrari“ in Marcian. D. 20, 1, 16, 4[3]), da „arbitrio iudicis“ in Marcian. D. eod. 13, 5 interpoliert ist.[4]) Die actio ad exhibendum liefert lediglich die Wendung „iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare . . . . debere“ (Ulp. D. 10, 4, 3, 13), die überdies wie das ganze Fragment[5]) schweren Anstoß erregt[6]) und ganz abseits von den Darlegungen steht, in denen Ulpian die Exhibitionsklausel erörtert[7]); auch hier

[1]) Anders noch Lenel, Ed. 172, 181 N. 4. Aber entweder beweist der Schlußsatz, in dem „arbitratu iudicis“ steht, zu viel, weil dann alle dem iusiurandum in litem zugänglichen Aktionen (s. u. S. 67 N. 5) eine „clausula arbitraria“ haben müßten (vgl. auch u. S. 69 bei N. 4), oder er beweist gar nichts, weil er von Tribonian stammt. Im letzteren Sinne u. S. 67 N. 1.

[2]) Dieses Fragment ist von Lenel 181 N. 4 (vgl. auch 172) übersehen; vgl. dazu Burckhard bei Glück Buch 39/40 II 24ff., besonders 28f.

[3]) Und auch dessen Echtheit ist in diesem stark zerrütteten Text (Lenel, Marc. Nr. 28, Pernice, Lab. II 1, 353 N. 5, Eisele, ZSSt. 18,4, P. Krüger z. d. St., Beseler, Beitr. I 66, Peters, Oström. Digestenkommentare 36) keineswegs sicher: vgl. Faber, de error. (nach de Medio, Bull. 13, 229).

[4]) Fehr, Beitr. z. L. v. röm. Pfandrecht 83f.; vgl. Siber, Passivleg. b. d. r. vind. 129.

[5]) Vgl. Beseler a. a. O. I 29ff., Biondi, Bull. 26, 17 N. 1; anders Siber a. a. O. 148f., Lenel, Ed. 213, Grünhuts Ztschr. 37, 551 N. 62.

[6]) Daß der iudex „per arbitrium“ ästimiert, steht wohl einzig da: vgl. auch den Besserungsversuch von Gradenwitz, ZSSt. 24, 239f.; *ἅπαξ λεγόμενον* (VIR. I 128, 20) und unlateinisch ist auch das „ex hac actione“ statt des bloßen Ablativs.

[7]) Lenel, Pal. II 556 N. 1, 560 N. 1.

erwähnen die Institutionen (4, 17, 3) ein „arbitrium“ usw. nicht. Überhaupt keinen Beweiswert hat hinsichtlich der vindicatio in servitutem das (einzige) „arbitrari“ in Jul. D. 40, 12, 30, das, selbst wenn es echt ist[1]), nur im Sinne von „putare“ steht[2]) und gar nicht den Judex zum Subjekt hat[3]); hinsichtlich der Servitutenklagen der „arbiter“ in Javol. D. 8, 3, 13 §§ 1—3, Ulp. D. 8, 2, 11, 1, der kein Prozeßrichter ist[4]) und der Lenel nicht gehindert hat, von einer Restitutionsklausel hier gänzlich abzusehen.[5]) Jeglicher (selbst jeder zufälligen) Verbindung mit den „arbiter“-Termini entraten endlich die in Inst. 4, 6, 31 an erster Stelle genannte actio Publiciana, die hered. petitio und die Nießbrauchsklagen.[6])

b) Auf der andern Seite erscheinen arbiter, arbitrium usw. allenthalben im Hinblick auf Aktionen, denen eine Restitutionsklausel unstreitig gefehlt hat. Das gilt in erster Linie von den bonae fidei iudicia, die, wie sie allgemein von Q. Mucius Scaevola (Cic. de off. 3, 17, 70)[7]) und Papinian (D. 16, 3, 24[8]); 22, 1, 1 pr.) als „arbitria“ charakterisiert

---

[1]) Gegen die Echtheit Beseler III 153f.; vgl. auch Riccobono, Bull. 7, 248.

[2]) Ubbelohde, Gött. gel. Anz. 1888, 363, VIR. I 489, 52.

[3]) Grammatisch ist die Ergänzung des überhaupt nicht vorkommenden iudex ausgeschlossen. Sachlich verbietet sie sich, weil der auf pronuntiatio und Restitutionsbefehl beschränkte Geschworene gar nicht die Macht hat, über die Duktion zu befinden (Lenel, Ed. 371); vgl. auch Gai. D. eod. 9, 2 i. f., dessen echten Kern Riccobono a. a. O. anerkennt. — Dies gegen Lenel, Ed. 370 N. 7.

[4]) Seckel-Heumann, „arbiter“ 2c.

[5]) Letzteres mit Unrecht; denn mit der „Arbiträrklausel“ fällt noch längst nicht die Restitutionsklausel. Die von Lenel, Ed. 188 (vgl. auch 172) mit Rücksicht auf D. 5, 3, 19, 3 geäußerte These ist denn auch allgemein abgelehnt worden: Pernice, Lab. II 2, 89 N. 2, Girard, Man.[6] 349 N. 1, Cuq, Institutions II 294 N. 5, Redenti, Arch. giur. 79, 51 N. 1, Partsch, Formules de procédure 10 N. 2, ZSSt. 31, 415, Segrè, Mél. Girard II 584 N. 1; Betti, Sulla opposizione della exceptio all' actio 35 N. 2. Triftig verweist auch VIR. V 184, 12 auf D. 33, 2, 1 i. f.

[6]) Zu diesen Lenel, Ed. 185 N. 12 u. 15.

[7]) S. auch Cic. de off. 3, 16, 66 (arbitrum).

[8]) Insoweit von niemandem beanstandet: vgl. etwa Longo, Bull. 18, 131ff., Segrè, Bull. 19, 209ff. (besonders 225ff.), Kübler, ZSSt. 29, 203ff., Albertario, Bull. 25, 25f.

werden, so in mannigfachen Einzelanwendungen die gleiche Rubrizierung erfahren: so die actiones empti venditi (Cels. D. 19, 1, 38, 1[1]), Papin. Vat. Fr. 2), locati conducti (Paul. sent. 2, 18, 2), neg. gestorum (Pomp. D. 27, 3, 3, Pap. D. 47, 2, 81, 7 i. f.), mandati (Cic. p. Rosc. Amer. 39, 114, Ulp. D. 17, 1, 12, 9 i. f.), pro socio (Paul. D. 17, 2, 38 pr.)[2]), rei uxoriae (Javol. D. 23, 4, 1, 1, Marcell. D. 46, 3, 48, Ulp. D. 24, 1, 7, 5; 24, 3, 24 §§ 6, 7, Paul. D. 25, 1, 12), und die actio tutelae (Pomp. D. 27, 3, 3, Scaev. D. 49, 1, 28, 2, Ulp. D. 12, 3, 4, 2[3]), D. 27, 2, 2, 1)[4]) steht sogar unter der offiziellen Ediktsrubrik „arbitrium tutelae" (Rubr. Cod. 5, 51)[5]). Damit sind alle bonae fidei iudicia des gajanischen Katalogs genannt, zufällig mit Ausnahme gerade der beiden, deren formulae in factum conceptae eine reddere-Klausel[6]) enthielten: der actiones depositi[7]) und fiduciae[8]). — Vom „arbitrium rei uxoriae" ist auch schon zu der Zeit (Cic. top. 17, 66, de off. 3, 15, 61) die Rede, als damit nur die in bonum et aequum konzipierte Formel gemeint sein konnte, und entsprechend tritt bei der actio funeraria[9]) ebenfalls der arbiter auf (Ulp. D. 11, 7, 12, 5; eod. 14, 7). — All das wird noch in den Schatten gestellt durch die technische Verwendung unserer Ausdrücke im Bereich der iudicia divisoria[10]): es gibt keine andere actio, bei der sie auch nur annähernd so häufig begegneten; zählt doch das VIR.[11]) den „arbiter" allein nicht weniger als 38 mal.[12]) Der Grund für diese Erscheinung ist leicht nachzuweisen;

---

[1]) Vgl. auch Wlassak, R-E. II 413.

[2]) Insoweit zweifellos echt.

[3]) Das erste „arbitrio" ist echt, nur das zweite nicht: s. unten S. 64f.

[4]) In Pap. D. 46, 6, 12 ist „arbitri" interpoliert: Levy, Sponsio 174f., Konkurrenzrecht § 24.

[5]) Lenel, Ed. 308.

[6]) Hierzu u. S. 72ff.

[7]) Vgl. aber auch Pap. D. 16, 3, 24 (oben S. 11 bei N. 8).

[8]) Lenel, Ed. 280, 283.

[9]) Über sie vgl. Levy, Privatstrafe 33ff.

[10]) Vgl. auch Cic. top. 10, 43, de leg. I 21, 55 i. f.; Isid. Hispal. origin. V 25, 10 (Migne, Patrolog. 82, 207).

[11]) I 485 zu I A 2 init.; vgl. ferner 487 zu I, 489 zu I B.

[12]) Ob alle Verwendungen echt sind, darauf kommt nichts an.

er liegt fernab von dem Gedanken an eine ja gar nicht vorhandene Restitutionsklausel und besteht offenbar darin, daß die Terminologie dem ursprünglichen Sinne von „arbiter" = Gangrichter, Augenscheinsrichter[1]) treugeblieben ist. — Darauf wird es auch zurückzuführen sein, daß der arbiter und das arbitrium aquae pluviae arcendae ziemlich häufig und fast durchweg im Munde älterer, noch der Republik angehöriger Autoren erscheinen: Cic. topic. 9, 39; 10, 43, Serv.-Alfen. D. 39, 3, 24 pr., §§ 1, 2, Labeo-Paul. D. 22, 3, 28, Paul. D. 39, 3, 23, 2. Allerdings tut hier die Formel der Restitutionsklausel Erwähnung[2]), aber es will doch wohl beachtet sein, daß diese Klausel z. B. mit der in fr. 28 cit. erwogenen Frage nur in ganz entfernter Beziehung steht[3]), während da, wo es sich unmittelbar um den Restitutionsbefehl handelt (Ulp. D. 39, 3, 4 pr., § 1; eod. 6, 6; Paul. D. eod. 11, 3) stets vom iudex gesprochen wird. Überhaupt bezieht sich das arbitrium usw. in den gar nicht einmal so häufigen Fällen, in denen es mit Bezug auf eine mit sog. Arbiträrklausel versehene actio vorkommt[4]), gar nicht immer auf das „restituere": so ist im Fragment über die formula Fabiana § 1 und bei Ulp. D. 38, 5, 1, 22 das „condemnari" in Frage.[5])

Zu diesen schwerwiegenden Momenten tritt nun noch die durch die neuere Forschung m. E. sichergestellte Tatsache, daß die einzige technische „actio arbitraria"[6]) eine sog. Arbiträrklausel nicht besitzt.[7]) Wenn unter allen

---

[1]) Rudorff, Feldmesser II 428ff., Röm. RG. II 26 N. 9, Mommsen, Ges. Schr. I 169, Eisele, Beitr. z. Röm. RG. 1ff., Bertolini, Proc. civ. I 57 N. 4.

[2]) Lenel, Ed. 363.

[3]) Vgl. Lenel 362 N. 6 zu D. 39, 3, 2, 8 sowie Lenel, Pal. I 534 N. 2.

[4]) Eine kursorische Zählung sämtlicher solcher Fälle ergibt 30 bis 40 Verwendungen gegenüber 70 bis 80 bei Formeln ohne Restitutions-(Exhibitions-)Klauseln.

[5]) Vgl. unten S. 59 N. 4.

[6]) S. oben S. 7 N. 7.

[7]) So Lenel, Ed. 237ff. (wo weitere Liter.), Festgabe für Sohm 220f., Biondi, Dottrina 90ff., 96ff., 100ff., Studi 15, May, Mél. Girard II 155f., Segrè ebd. II 566, Arangio-Ruiz, Bull. 25, 141, Bertolini, Proc. civ. II 63. — Anders in neuerer Zeit noch Gradenwitz, ZSSt. 24,

subsidiären Aktionen sich eine „actio subsidiaria“ κατ' ἐξοχήν heraushebt, so läßt sich das begreifen.[1]) Daß aber die actio arbitraria κατ' ἐξοχήν, die sog. actio de eo qu. certo loco im springenden Punkte gerade nicht „arbiträr“ gewesen wäre, daß also eine Aktionengattung und eine zu dieser Gattung gar nicht gehörige individuelle actio identisch bezeichnet worden wären: das ist in der Tat unfaßbar.[2]) Lenel[3]), der trotzdem die herrschende Lehre zu retten sucht, beruft sich demgegenüber auf die Gleichnamigkeit der actiones Servianae, wie sie einerseits dem bonorum emptor (Gai. IV 35), andererseits dem Verpächter (Inst. 4, 6, 7) gewährt worden sind. Aber schwerlich mit Fug. Ein anderes ist ein über den Inhalt nichts aussagender Eigenname[4]), ein anderes ein von seinem Begriff nicht zu trennendes Adjektiv. So wenig eine das Geständnis des Beklagten nicht voraussetzende Klage „confessoria“ genannt wird[5]), so wenig eine actio ohne Annalklausel „annalis“, eine actio ohne Noxalklausel „noxalis“, ein des Zusatzes „ex fide bona“ entbehrendes iudicium „bonae fidei iudicium“ heißen kann, so wenig ließe sich eine actio ohne Restitutionsklausel „arbitraria“ nennen — wenn wirklich diese Klausel das charakteristische Kriterium der „actiones arbitrariae“ wäre. Nur wenn man sich von diesem letzteren Dogma losmacht, kann man zu einem Verständnis des Terminus „arbitraria“ zu gelangen hoffen.

2. Das schwierigste Hindernis auf diesem Wege ist der Glaube, daß die formulare Restitutionsklausel stets durch einen ausdrücklichen Zusatz auf das arbitrium iudicis verwiesen habe. In Wahrheit ist kein einziger derartiger Zusatz belegbar.

240ff., Riccobono, Bull. 20, 102; 26, 51. Ältere Literatur bei Biondi, Dottrina 100ff.

[1]) Vgl. auch Levy, Privatstrafe 41 N. 4.

[2]) Ebenso Biondi, Dottrina 104ff., Studi 17, 31f., dessen Lösung aber fehlgeht (s. oben S. 6).

[3]) Festgabe für Sohm 222ff.

[4]) Man denke nur an die mehreren leges Furiae, Corneliae, Juliae.

[5]) Segrè, Mél. Girard II 511ff., zustimmend Partsch, Neg. gest. I 24 N. 1, Biondi, Studi 200, Lenel, Festg. 222.

a) Die heute vielfach unbedenklich gebrauchten[1]) Wendungen „clausula arbitraria“ und „arbitrium de restituendo“ begegnen im Bereich der klassischen Quellen nicht.[2]) Dementsprechend führt Gaius die „sog. formula arbitraria“ des Interdiktenverfahrens nicht auf einen sie auszeichnenden Passus, sondern darauf zurück, daß der Beklagte einen „arbiter“ erbittet.[3]) Nur eine an Inst. 4, 6, 31 genährte vorgefaßte Meinung kann verkennen, daß Gaius das in IV 141, 163—165 nicht weniger als sechsmal hervorgehobene arbitrum postulare (oder petere) für den entscheidenden Akt hält, der dem folgenden Verfahren das Gepräge und damit der zu verwendenden Formel den Namen gegeben hat. In IV 163 knüpfen sich an die einzige Voraussetzung, daß der Beklagte „arbitrum postulaverit“, zwei koordinierte Rechtsfolgen: die eine: „accipit formulam quae appellatur arbitraria“, die andere: „iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; etc.“. Die erste charakterisiert die Formel, ohne auf ihren Inhalt einzugehen[4]), die zweite rechtfertigt das Verfahren „sine periculo“ (vgl. IV 162) damit, daß der Beklagte sich dem Ermessen des somit als arbiter fungierenden Geschworenen anvertraut: von einem dieses Ermessen ermöglichenden besonderen Formelteil ist nicht die Rede. Hätte es ein formulares „arbitrio tuo“ gegeben[5]), so würde Gaius so wenig wie die Modernen von einer bloß sog. Arbiträrformel gesprochen haben[6]); wogegen ihm dieser Vorbehalt gut ansteht, wenn „arbitraria“ ihm das

---

[1]) Gebraucht im Sinne der oben S. 9 wiedergegebenen Fassung. — Will man dagegen mit Bekker, Akt. II 140 N. 17 die bloßen Worte „nisi restituat“ als „Arbitrierklausel“ bezeichnen, so ist davor nur deshalb zu warnen, weil Mißverständnisse unausbleiblich wären.

[2]) Vgl. VIR. I 486, II 48 und den Index zu Bruns fontes; s. übrigens auch Longos Vocabolario.

[3]) So auch Biondi, Studi 6ff., der 10 N. 3 auf Huschke, Multa 77 N. 185 als einen Vorgänger sorgfältig hinweist. Vgl. Bull. 26, 20 Note, 162f.; dagegen Arangio-Ruiz, Bull. 25, 143f., Lenel, Festg. für Sohm 207. Zweifelnd Segrè, Mél. Girard II 569, 573.

[4]) Ganz wie in Gai. IV 141.

[5]) Dies nimmt auch Biondi, Studi 11 noch an; vgl. u. S. 78 N. 1.

[6]) Vgl. oben S. 7.

Tätigwerden eines arbiter ausdrückte, den man seit der fortschreitenden Erweiterung des officium iudicis von dem gewöhnlichen iudex prinzipiell abzugrenzen verlernt hatte.[1]) — Vielleicht noch deutlicher wird die hier verfochtene Herleitung von „arbitrarius" in den leider unvollständig erhaltenen Worten aus Ulpians Institutionen (fr. Vindob. V 2): „Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito si quidem arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter", die sich in Anlehnung an das größtenteils befolgte gajanische Muster so ergänzen lassen: „si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo restitui vel exhiberi iubet".[2]) Die bislang vorwiegend[3]) gebilligte Konjektur Huschkes, die das Zeugnis durch ein „arbitratu eius (suo)" verdunkelt, scheitert formell an dem klassischen Sprachgebrauch[4]), der im Hinblick auf den Geschworenen des Ordinarverfahrens ein arbitrio oder arbitratu nur in Verbindung mit iudicis, aber nicht mit arbitri kennt.[5]) Dagegen erfährt unser Vorschlag eine beträchtliche Unterstützung durch die auch an sich bedeutungsvolle Gegenüberstellung Ciceros (p. Tull.

---

[1]) Vgl. Wlassak, Prozeßges. II 287 ff. — Deshalb finden sich auch im Gebiet der restitutorischen (exhibitorischen) Interdikte bei den Klassikern „arbiter" und „iudex" promiscue verwendet: s. einerseits Gai. IV 141, 163/165, Venul. D. 42, 8, 8, andererseits Gai. IV 163, Pomp. D. 43, 24, 21 pr., Ulp. D. eod. 15 §§ 7. 9. 11, Paul. D. 43, 1, 5. Daß, wie Biondi, Studi 11 N. 1 meint, unter den letztgenannten Stellen nur diejenigen echt seien, die neben iudicis ein „arbitrio" enthalten (Gai. IV 163; D. 43, 24, 15, 11), entbehrt jedes sprachlichen und sachlichen Grundes. Hätten die Byzantiner hier an Stelle des Arbitriums überall das „officium iudicis" gesetzt, so konnten sie nicht in fr. 15 § 11 cit. stehen lassen, was sie in den voraufgehenden §§ 7 und 9 tilgten, und noch weniger hätten sie in Ulp. D. 42, 8, 10, 20 selbst erst das „arbitrio iudicis" eingefälscht (Solazzi, P. Krüger z. d. St.). Daß hinwiederum auch „officio iudicis" in einem aus anderem Grunde itpol. Passus steht (D. 43, 24, 7, 3; dazu Faber, Conj. 12, 17, 18, Lenel, Ulp. Nr. 1594 usw.), ist ohne Bedeutung.

[2]) Zu „iubere per formulam" vgl. denselben Ulpian D. 14, 4, 5, 5.

[3]) So P. Krüger, Seckel-Kübler, Girard in ihren Editionen.

[4]) Anders die altertümliche Sprache der 12 Tafeln: Tab. XII 3.

[5]) VIR. I 487, 5 ff., 25 ff.; das scheinbar abweichende Javol. D. 38, 2, 35 i. f. hat nicht das ordentliche Verfahren im Auge (vgl. Wlassak, R.-E. II 414), ist aber wohl überhaupt interpoliert: Beseler, Beitr. III 109 f.

23, 53): „. . . . ut aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est". Dieses älteste Zeugnis für das Interdiktenverfahren sine periculo erwähnt als das maßgebende Kriterium allein das Eingreifen eines arbiter.

Also: das Walten eines „arbitrium iudicis" wie das Dasein einer sog. formula arbitraria hat seinen Grund gleichmäßig darin, daß ein arbiter fungiert. Dieses Ergebnis wird in seinen beiden Teilen klipp und klar durch Verrius Flaccus bestätigt, der bei Festus definiert:

Arbitrium dicitur sententia, quae ab arbitro statuitur.

Arbitrarium, cum adhuc res apud arbitrum geritur.

Und in dieselbe Richtung weisen die Regeln der Grammatik. Wenn Lenel[1]) einwendet: „Arbitrarius knüpft in seinen Bedeutungen an arbitrium an, nicht an arbiter. Ein iudicium mit arbiter heißt arbitrium, nicht iudicium arbitrarium", so sind diese ähnlich schon von Savigny[2]) formulierten Sätze zu bestreiten. Der zweite unter Hinweis auf die sog. actio de eo quod certo loco und namentlich auf Pap. D. 22, 1, 3, 1, falls die obige[3]) Interpolationshypothese zutrifft. Der erste, weil „arbitrarius" ebenso unmittelbar von „arbiter" kommen muß[4]) wie etwa cultrarius von culter, lintrarius von linter, rastrarius von raster, sequestrarius von sequester, utrarius von uter (Schlauch). Auch die anderen -trarius-Bildungen (wie claustrarius, extrarius, retrarius, vitrarius usw.) entspringen aus Worten, deren Stamm mit tr ausläuft. In allen diesen Fällen ist ein Substantiv auf -trium nicht vorhanden. Hätte „arbitrium" oder das gleichfalls vorkommende „arbiterium"[5]) ein Adjektiv gebildet, so hätte es nur auf -ialis, -ianus, -iosus (z. B. imperialis[6]), praetorianus, ludibriosus) endigen, bestenfalls auch arbitriarius lauten können. Das fehlende i ist durchaus beweisend.

---

[1]) Festgabe für Sohm 207 N. 3.

[2]) Syst. V 125f.

[3]) S. 6 N. 5.

[4]) S. auch Georges, Wörterbuch 8. Aufl. (1913) h. v.

[5]) VIR. I 486.

[6]) Vgl. auch die Bemerkung über „iudicialis" bei Kalb, Jagd nach Interpolationen 38.

Juristisch und sprachlich wird uns sohin als Quelle des „arbitrium" und namentlich auch des Adjektivs „arbitrarius" der „arbiter" vorgestellt, ein Begriff, der bis an die Schwelle der Geschichte zurückreicht[1]) und einen ganz anderen[2]), ungleich größeren Gehalt hat, als ihn die angebliche „clausula arbitraria" rechtfertigen könnte.

b) Für die Formelsässigkeit eines „arbitrio (arbitratu) tuo (iudicis)" weiß die herrschende Lehre, soweit ich sehe, nur drei unmittelbare[3]) Belege anzuführen: D. 4, 2, 14, 11 und D. 47, 10, 17, 5 von Ulpian und D. 4, 3, 18 pr. von Paulus. Sind sie in der Tat beweisend?

In dem Paulusfragment soll der Anfangssatz „arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur" „direkt auf den Formelwortlaut" gehen, weil „comprehendi" „regelmäßig von wörtlich Ausgedrücktem gebraucht wird".[4]) Diese „Regel" kann doch aber naturgemäß nur dann eingreifen, wenn das a, worin das b comprehenditur, überhaupt einen Wortlaut hat, wenn es einer wörtlichen Wiedergabe durch Sprechen, Schreiben und Lesen zugänglich ist wie etwa eine cautio, ein Edikt, ein Legat, eine lex, ein Senatuskonsult, ein Testament. Ist hingegen jenes a etwas rein Gedachtes, ein abstrakter Begriff wie z. B. in D. 16, 1, 2, 4 das SC. Velleianum, in dem „omnis omnino obligatio comprehenditur", oder in D. 12, 2, 29 die actio, in der eine „quaestio comprehensa" ist, und wie in unserem Fragment das einer gegenständlichen Darstellung nicht fähige „arbitrium", so kann comprehendi nur in ideellem Sinne (= enthalten sein: vgl. complecti) verstanden werden.[5])

---

[1]) Vgl. XII Tab. 7, 5; 12, 3; Prob. 4, 8. — Näheres Wlassak, R-E. II 410.

[2]) S. oben S. 13 N. 1.

[3]) Die Methode, die Worte arbitrari, arbitrium usw. als mittelbare Belege zu verwerten (s. unten S. 26ff.), ist angesichts der Quellensprache (vgl. oben S. 13 N. 4) unbedingt zu verwerfen.

[4]) Lenel, Beiträge z. K. d. prät. Edikts 88, Edictum 112 N. 1; vgl. auch Biondi, Dottrina 103 N. 1.

[5]) Trefflich veranschaulicht den Gegensatz VIR. „comprehendo" einerseits zu IV B, andererseits zu V mit einer Fülle von Beispielen. D. 4, 3, 18 pr. steht sehr richtig unter IV (I 852, 26), während die von Lenel, Beitr. 88 N. 28 angeff. Fragmente zu V gehören (I 853, 11, 27, 52; 854, 8, 10, 15).

Wie sollte man sich eine Arbitriumsurkunde vorstellen und wie sollte in dieser die restitutio „wörtlich ausgedrückt" sein? Nur wenn es in D. 4, 3, 18 pr. hieße: „Formulā in hac quoque actione arbitrium iudicis comprehenditur" oder kürzer „(in) hac quoque formula (s. actione) arbitrium iudicis comprehenditur"[1]), läge darin ein Beweis für die herrschende Meinung. Ein etwaiger Versuch, die Worte „arbitrio iudicis restitutio" als einheitlichen Ausdruck zu begreifen und diesen „in hac actione" = formula Platz finden zu lassen, müßte an der überlieferten Wortstellung und weiter daran scheitern, daß der Ablativ „arbitrio" nicht von dem Substantiv „restitutio" abhängen könnte. — In Wirklichkeit liegt offensichtlich der Ton des Satzes nicht auf den Worten „arbitrio iudicis", denen durch das folgende „in hac quoque actione" jeder Akzent genommen wird, sondern auf „restitutio", derselben restitutio, an die dann auch sofort der nächste Satz anknüpft. Paulus will — zur Erörterung des officium iudicis übergehend — lediglich sagen: „im arbitrium (= officium) iudicis ist auch[2]) bei dieser actio (das Befinden über) die restitutio beschlossen"; das ist dasselbe, was genau an entsprechender Stelle Ulp. D. 39, 3, 6, 6 dahin ausdrückt: „Officium autem iudicis hoc erit, ut . . . eum iubeat restituere . . ."

Die beiden Ulpianfragmente enthalten allerdings wörtliche Zitate aus dem Album. Aber die dort angeführten Worte entstammen beide Male keiner Formel, sondern einem Edikt. Das ist hinsichtlich des D. 47, 10, 17, 5 („ait praetor: 'arbitratu iudicis'") nicht bestritten; der von Segrè[3]) angedeutete, aber nicht weiter verfolgte Zweifel wäre leicht zurückzuschlagen.[4]) — Gar nicht in Betracht käme für uns das Fragment, wenn, wie Karlowa[5]) meint, die Grundlage des arbitratus überhaupt keine Streitbefestigung, kein iudicare iubere, sondern ein verberare

[1]) Vgl. z. B. Paul. D. 19, 2, 24 pr.: „in lege locationis . . . . viri boni arbitrium comprehensum . . . ."

[2]) Nämlich wie bei der a. qu. metus causa: über diese gleich im Text.

[3]) Mél. Girard II 567 N. 1.

[4]) Vgl. unten S. 23f. und 23 N. 4.

[5]) Röm. Rechtsgesch. II 1169f.

iubere wäre oder wenn, wie Appleton[1]) und Segrè[2]) vermuten, der Prätor und nicht der Judex über den modus verberum zu arbitrieren hätte.[3]) Aber die Ausführungen Karlowas und Appletons sind von Girard[4]) so zutreffend widerlegt, die ähnlichen Segrès so wenig plausibel, daß mir kein Grund zu sein scheint, die logisch und juristisch durchaus befriedigende, sprachlich nur auf eine tribonianische Kürzung deutende[5]) Überlieferung anzutasten.[6]) — So läuft alles auf die Frage hinaus, ob die Ediktsässigkeit der Worte „arbitratu iudicis" zugleich auf ihre Formelsässigkeit schließen läßt. Daß die Formel keineswegs immer das zugehörige Edikt in allen Teilen widerspiegelt, ist bekannt; ebenso bekannt, daß die römische Praxis alles Unnötige von ihren Formularen fernzuhalten strebt. Irgend ein quellenmäßiges Indiz für die Formularität ist nicht vorhanden. Die Beantwortung der Frage hängt daher davon ab, ob jene beiden Worte in der Formel ebenso notwendig oder auch nur gleich nützlich wären wie im Edikt. Läge der Schwerpunkt darin, daß das Ermessen ungebunden zu bestimmen habe, so hätte es vielleicht manches für sich gehabt, dies auch in der Formel zu betonen. Aber das kann der Sinn unmöglich gewesen sein: da die Zahl und Art der Schläge nicht festgesetzt war, so war jedes verberare unter allen Umständen Sache freien Ermessens. Was hervorgehoben werden konnte und mußte, war vielmehr die Person, deren arbitratus über den modus verberum zu befinden haben sollte. An sich wäre es denkbar, daß dem dominus, dem Gegner, „qui iniuriam passus est", oder einem Unterbeamten des Magistrats die Entscheidung anvertraut worden wäre. Wollte der Prätor sie dem Ge-

---

[1]) Revue générale de droit 24, 231 N. 4.

[2]) A. a. O. 567 N. 1, 570 N. 1.

[3]) Noch anders, aber m. E. unhaltbar Naber, Mél. Gérardin 467 ff.; gegen ihn Lenel, Nachtrag zur 2. Aufl. des Edictum XIV, Kübler, ZSSt. 30, 430.

[4]) Mél. Gérardin 263 N. 5.

[5]) Vgl. das „ei" in D. 47, 10, 17, 6 init. (dazu Girard a. a. O.).

[6]) So auch die herrschende Lehre: Lenel, Ed. 388, Hitzig, Injuria 82 ff., Girard (s. oben N. 4 und) Man. 680 N. 1, May, Mél. Girard II 163 N. 1.

schworenen übertragen, so mußte er das ebenso ausdrücklich edizieren, wie in ähnlichem Falle die lex metalli Vipascensis[1]) die Züchtigung vom arbitratus des procurator metallorum abhängig macht. Mit einem derartigen Edikt war die Frage dann aber erschöpfend geregelt.[2]) In die Formel noch einmal hineinzusetzen, daß nicht ein Dritter, sondern der iudex zu entscheiden habe, — das wäre überflüssig und geradezu unsinnig gewesen angesichts der Tatsache, daß sich ja die Formel durchweg nur an den Geschworenen wandte und ein zusatzloses „verberandum" anders als nach dem Ermessen des Geschworenen zur Ausführung zu bringen gar nicht möglich war. Die Klausel „nisi Nus Nus eum servum verberandum exhibebit" ist nach jeder Richtung hin ausreichend; die von der herrschenden Meinung[3]) eingeschobenen Worte „arbitratu tuo" hätten nur dem Irrtum den Weg geebnet, sie mit „exhibebit" zu verbinden und die Noxalklage so nach Art der actio ad exhibendum mit einem officium iudicis auszustatten, wie es ihr unstreitig nicht zukam.[4])

Im dritten und letzten Fragment (D. 4, 2, 14, 11) heißt es: „. . . . et hoc fit his verbis edicti 'neque ea res arbitrio iudicis restituetur'". Nach dem Vorgang Rudorffs[5]) und Lenels[6]) ändert man fast allgemein „edicti" in „formulae".[7])

---

[1]) Neues Fragment l. 34 und 41 (Bruns, Fontes 7. Aufl. I 295).

[2]) Aus ihm ergab sich hernach für die Jurisprudenz die Frage, ob ein außergerichtlich „arbitratu alicuius" vorgenommenes verberare hinreiche: darüber D. eod. 17, 6.

[3]) Vgl. Lenel, Ed. 388.

[4]) Lenel spricht noch Ed. 388 von „einer eigentümlichen actio arbitraria", während er in den „Beiträgen" 94 den „Arbitrarcharakter" überhaupt geleugnet hatte.

[5]) Ed. perp. 57 N. 16.

[6]) Beitr. 88, Ed. 110 N. 6, 244, Pal. Ulp. Nr. 378, Festg. f. Sohm 209. Ebenso Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgesch. 25, Wlassak, R.-E. II 413, ZSSt. 33, 95 N. 1, Pernice, Lab. II 2, 141, Longo, Studi Scialoja I 616, Seckel-Heumann, „exceptio" B a dd, P. Krüger z. d. St., Beseler, Beiträge I 81, Biondi, Dottrina 103 N. 1; vgl. auch VIR. I 487, 31. — Dagegen VIR. II 431, Biondi, Studi 49f., Segrè, Mél. Girard II 571f.

[7]) Die weitere Änderung von „iudicis" in „tuo" (s. ob. S. 9 N. 3) erledigt sich nach dem Folgenden von selbst.

Aber sicher mit Unrecht. Allerdings kommt in der Kompilation vereinzelt „edictum" statt „formula" vor[1]), aber das durchaus gewöhnliche[2]) Surrogat für „formula" ist doch „actio", wofür Ulp. D. 21, 1, 38, 11: „et in actione (Ulp.: formula) et in edicto adiectum est"[3]) eine besonders sprechende Parallele bietet. Auch an speziellen Interpolationsindizien mangelt es durchaus. Über die Erläuterung der Restitutionsklausel ist der Kommentar im § 11 cit. längst hinweg; es handelt sich, wie auch Lenel[4]) vorauszusetzen scheint, um ein nachträgliches Zitat, das als solches ebenso gut dem Edikt wie der Formel entnommen sein kann. Dazu kommt, daß für die Aufnahme der wiedergegebenen Klausel ins Edikt gute innere Gründe sich anführen lassen. Die Hervorhebung des Restitutionsgebotes im Edikt war zwar nicht unerläßlich[5]), aber doch jedenfalls zweckmäßig und hat, wie gleich darzulegen, auch sonst stattgefunden. In unserem Falle war besser als mit den im § 11 erhaltenen Worten gar nicht auszudrücken, was Ulpian D. eod. 9, 7 mit „ex hoc edicto restitutio talis facienda est . . . officio iudicis, ut . . . ." umschreibt; auch seine Verweisung auf das Edikt in D. eod. 12, 1 und eod. 14, 1 sind bemerkenswert. Lenel selbst vermutet im Metusedikt ein „nisi restituet

---

[1]) Vgl. D. 21, 1, 25, 9 (Lenel, Ed. 531); s. auch Jörs, R.-E. V 537; anders VIR II 433, 21.

[2]) Noch weiter gehen z. B. Rudorff, Röm. RG. II 169 N. 11, Wlassak, Edikt und Klageform 58f. (mit Liter.), Wenger, R.-E. VI 2870, Kalb(-Erman), Wegweiser 13f.

[3]) Lenel, Ed. 540 freilich will lesen „in formula adiectum est"; s. aber Wlassak a. a. O. 97f., Karlowa, Röm. RG. II 1299, P. Krüger z. d. St. und Lenel selbst, Pal. II 898 N. 2.

[4]) Ed. 110 N. 6, 111 N. 1, Segrè a. a. O. II 571f.

[5]) Wie neuerdings Lenel, Festg. für Sohm 209f. im Falle in factum konzipierter restitutorischer Formeln annimmt. Ein allgemeiner Grundsatz scheint jedoch nicht geherrscht zu haben. Derartige Ediktsklauseln kennen wir außer bei der Metusklage m. W. nur noch bei vier Aktionen (s. alsbald im Text) und hier überall in verschiedenen Fassungen. Andererseits fehlt die Klausel z. B. im Dolusedikt (Lenel, Ed. 111). Desgleichen in den Edikten zum depositum (Lenel 279) und commodatum (Lenel 246), obwohl insoweit kein wesentlicher Unterschied zwischen der restituere-Klausel und der reddere-Klausel zu erkennen ist: hierzu unten S. 72ff.

oder neque restituetur"[1]), und neuerdings[2]) schlägt er als Wortlaut vor: „quod metus causa factum erit neque restituetur, de eo in quadruplum iudicium dabo". Seltsam, daß er sich so mit einer Hypothese behilft, wo ihm einwandfrei überlieferte „verba edicti" zur Verfügung stehen. Benutzt man diese, so erhält man die Rekonstruktion: „Quod metus causa factum erit neque ea res arbitrio iudicis restituetur, de eo in quadruplum aut, si post annum agetur, causa cognita in simplum iudicium dabo". Die Fassung ist m. E. nicht zu beanstanden[3]), nur der Hinweis auf das arbitrium iudicis macht noch ein paar Worte nötig. Daß er an sich mit dem Wesen eines Edikts vereinbar ist, wird durch Ulp. D. 9, 3, 1 pr.[4]) und das eben besprochene Ulp. D. 47, 10, 17, 5 dargetan. Aus welchem Grunde er aber Aufnahme gefunden hat, das ist hier ganz entsprechend wie beim Injurienedikt[5]) zu erklären: nicht um des „arbitrio", sondern um des „iudicis" willen stehen die Worte da. Das kann man vielleicht schon aus Ulpian selbst ablesen, insofern er im § 11 die Ediktsworte, auf seinen Einzelfall angewendet („ergo"), mit „cavendum est per iudicem" wieder aufnimmt. Noch deutlicher beruft sich Gaius (D. eod. 10, 1) gerade dafür, daß der Geschworene sein Ermessen walten zu lassen habe, auf das Edikt: „arbitratu iudicis, apud quem ex hoc edicto agitur, . . . illud continetur"[6]) heißt es dort und nicht etwa: „iudicis arbitratu, qui in hoc edicto comprehenditur, . . . illud continetur". Entscheidend ist, daß die Bezeichnung des Judex als der über die restitutio befindenden Stelle wenn nicht notwendig, so mindestens sehr zweckmäßig war, um einem Irrtum entgegenzuwirken, dessen suggestive Kraft uns neuerdings wieder die ihm erlegenen Anschauungen Bion-

---

[1]) Ed. 110.

[2]) Festg. a. a. O. 209 N. 2.

[3]) Vgl. D. 4, 2, 14, 1, D. 39, 4, 1 pr. und ferner etwa Lenels (Ed. 174) Formel der hereditatis petitio.

[4]) „quantum ob eam rem aequum iudici videbitur".

[5]) S. oben S. 20f.

[6]) An der Echtheit ist m. E. nicht zu zweifeln; vgl. auch Segrè, Mél. Girard II 572 gegen Biondi, Studi 59f.

dis[1]) nachdrücklich vor Augen geführt haben. Hätten jene Worte gefehlt[2]), so würde die Rubrik „de in integrum restitutionibus" und noch mehr das unmittelbar voraufgehende Restitutionsedikt „quod metus causa gestum erit, ratum non habebo" das Mißverständnis nahegerückt haben, als habe auch das „ea res restituetur" nach dem Ermessen des Prätors, also in iure vor sich zu gehen. — Wo kein derartiges Mißverständnis zu besorgen war, da hören wir denn auch von einem „arbitrio iudicis" nichts. Es kann kein Zufall sein[3]) und ergänzt unsere Beweisführung in wertvollster Weise, daß sämtliche übrigen uns erhaltenen ediktalen Restitutionsklauseln[4]) das arbitrium nicht erwähnen[5]):

1. D. 4, 9, 1 pr.: Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.
2. D. 42, 5, 9 pr.: „Si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat[6])...., de ea re iudicium in factum dabo.
3. D. 21, 1, 1, 1 (edictum aedilium curulium) . . . iudicium dabimus, ... ut ea omnia restituat.

---

[1]) Studi 38ff., dazu unten S. 42ff.

[2]) Daß sie im Dolusedikt nicht stehen, beruht darauf, daß dieses eine Restitutionsklausel ja überhaupt nicht hatte: s. oben S. 22 N. 5.

[3]) Unzureichend wäre der Erklärungsversuch, daß von allen restitutorischen Aktionen des Albums die a. qu. metus ca. am weitesten vorn stand.

[4]) Zu ihnen gehört nicht die durch Paul. D. 42, 5, 6 pr. nahegelegte Klausel (dazu Lenel, Ed. 404, Solazzi, Bull. 16, 93ff.).

[5]) Nicht einmal in den Kommentaren kommt die Wendung „arbitrio (iudicis) restituere" so häufig vor, daß sie sich als technisch bezeichnen ließe. Neben D. 4, 2, 14, 11 stehen unmittelbar nur Gai. IV 163, D. 4, 3, 18, 4 und das wahrscheinlich interpolierte (s. oben S. 16 N. 1) D. 42, 8, 10, 20, wozu allenfalls noch D. 4, 2, 14, 5 i. f. und D. 4, 3, 18 pr. (dazu oben S. 18f.) zu fügen wären. In D. 4, 7, 8 pr. und D. 6, 1, 68 i. f. (itp.) heißt es „arbitratu iudicis", in D. 6, 1, 57 und Inst. 4, 6, 27 (dazu Lenel, Festg. f. Sohm 212) „iussu iudicis". Ein sachlicher Unterschied zwischen diesen Ausdrücken besteht nicht; a. M. Samter, Nichtförml. Gerichtsverfahren 153f.

[6]) Ulp.: restituet? Vgl. die folgenden Futura und etwa Lenel, Ed. 279 zu D. 16, 3, 1, 1.

4. D. 39, 4, 1 pr.: Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum . . . . . iudicium dabo.

Trifft aber die versuchte Deutung des „arbitrio iudicis“ im Metusedikt das Richtige, so ist damit zugleich verneint, daß die entsprechenden Worte in der formula quod metus causa Platz gefunden haben könnten: der gegenüber dem Edikt verständliche Zweifel wäre der Formel gegenüber ja geradezu absurd gewesen.[1]) Daran kann uns nicht irremachen, daß der Kommentar Ulpians[2]) in D. 4, 2, 14, 5 i. f. das „arbitrium iudicis“ nennt[3]) und in D. eod. 14, 4 vielleicht[4]) die actio selbst als „arbitraria“ bezeichnet: die erstere Äußerung mag sich sehr wohl an das Edikt anlehnen; in jedem Falle sind beide durchaus unbeweisend.[5]) Des Paulus (D. 4, 3, 18 pr.) Hindeutung auf unsere actio ist eher positiv in unserem Sinne verwertbar[6]), und Gaius, dessen „arbitratu iudicis“ (D. 4, 2, 10, 1) schon gewürdigt ist[7]), zeigt klar den Ausgangspunkt, den die Formelinterpretation zu nehmen hatte: D. 50, 16, 22[8]):

> Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam „exhibere“ est praesentiam corporis praebere, „restituere“ est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.[9])

Das Zeugnis selbst wird uns ebenso wie die übrigen eben wörtlich zitierten Stellen sogleich noch zu beschäftigen haben.

c) Das unmittelbare, noch nicht einmal auf Interpolationentilgung angewiesene Ergebnis ist sonach, daß nicht eine einzige Formel mit dem Worte arbitrio (tuo oder iudicis) überliefert ist und daß in den beiden einzigen

---

[1]) Vgl. oben S. 21. [2]) Lenel, Ed. 110 N. 6.

[3]) Beseler, Beitr. I 75f. erklärt auch diese Worte für interpoliert; sicher unecht ist das „arbitrium“ im Beginn des § 5: Beseler, Biondi, Studi 53ff., Segrè a. a. O. II 571.

[4]) S. oben S. 8 N. 2. (Bestimmt unecht ist das dortige „arbitro“.)

[5]) S. oben S. 11ff. und das Folgende.

[6]) Vgl. oben S. 18f.. [7]) Oben S. 23.

[8]) Vgl. Lenel, Pal. Gai. Nr. 97 mit der treffenden Bemerkung: „ad formulae verba: neque ea res restituetur“.

[9]) Vgl. ferner Ulp. D. 4, 2, 14, 3 i. f.

Edikten, die das arbitrio (arbitratu) iudicis aufweisen, die Wendung allein dazu dient, die Zuständigkeit für das hier in Rede stehende Befinden dem Geschworenen zu übertragen. Demgemäß hat, wie mit Sicherheit gefolgert werden konnte, in diesen beiden Fällen die entsprechende Formel eine „Arbiträrklausel" nicht gehabt. Wenn aber selbst die formula quod metus causa[1]) das aus irgend einem Grunde ediktal gewordene „arbitrium" sich nicht angeeignet hat, wie und auf welcher Grundlage sollten sich dann andere Formeln damit ausgestattet haben?

Das Kriterium, das die heutige Doktrin benutzt, um den widerstrebenden Quellen eine Handhabe für das „arbitrio tuo" abzugewinnen, ist durchaus unbefriedigend, so unbefriedigend, daß es m. W. prinzipiell überhaupt noch nicht formuliert worden ist. Es tritt heraus, wenn man etwa Lenels Formelrekonstruktionen zu den obigen vier restitutorischen Edikten ins Auge faßt. Von dem schon durch das abweichende Tempus der Restitutionsklausel sich abseits stellenden Edikt 4 einstweilen abgesehen[2]), beobachtet Lenel in den drei übrigen Fällen eine verschiedene Haltung: nur im Fall 3 gelangt er zu einer „Arbiträrklausel", während er im Fall 2 mangels „besonderer Anhaltspunkte" von einer Wiederherstellung absieht[3]) und im Falle 1, für den noch die zweite Auflage seines Edikts[4]) ein „si paret N^{um} N^{um} . . . . recepisse neque restituisse" liefert, nach zutreffender Ablehnung dieses Vorschlags[5]) zur Zeit gleichfalls keine Lösung bietet. Der Grund dafür liegt offenbar[6]) darin, daß nur die Kommentare zur actio redhibitoria das „arbitrium iudicis" (sechsmal)[7]) wörtlich erwähnen; denn auch bei den actiones ad exhibendum[8]) und aquae pluviae arcendae[9]) und bei der petitio in servitutem[10]) gibt das (zum Teil nur vermeintliche)[11]) Vorkommen

[1]) Die actio iniuriarum noxalis kann im folgenden beiseite bleiben.
[2]) Dazu unten S. 71 f. [3]) Ed. 408.
[4]) 127 (unter Zustimmung Karlowas a. a. O. II 1316 N. 6).
[5]) Festgabe a. a. O. 210 N. 1. [6]) Lenel, Ed. 533 N. 2.
[7]) Ulp. D. 21, 1, 23 pr.; eod. 29, 3; eod. 31, 9; eod. 31, 13 (bis); Paul. eod. 43, 9.
[8]) Lenel, Ed. 213. [9]) Lenel, Ed. 363.
[10]) Lenel, Ed. 370. [11]) S. oben S. 11.

eines der zum Stamm „arbiter“ gehörigen Wörter den Ausschlag. In Wahrheit wäre diese Methode[1]) nur dann diskutabel, wenn wir von der Formularität des Arbitriums wenigstens in einem einzigen Falle sichere Kunde hätten. Kommt nun noch hinzu, daß jener Sprachgebrauch in der Überlieferung nachweislich[2]) mindestens ebenso häufig bei Aktionen verwendet wird, die anerkanntermaßen die „Arbiträrklausel“ nicht haben, und daß er umgekehrt unter den heute mit dieser Klausel bewidmeten Aktionen einigen wichtigen wie der hereditatis petitio[3]), den Nießbrauchs- und Servitutenklagen und der actio Publiciana[4]) sicher abgeht, so muß die Methode geradezu als unzulässig bezeichnet werden: wenn Regel und Ausnahmen ohne sachliche Scheidung durcheinanderschwirren, was bleibt dann von der Regel übrig? — Der richtige Weg, der in den Fällen 1 und 2 zur formularen Restitutionsklausel führt, läuft auf gesicherterem Boden. Keine Klausel kommt dem Ediktswortlaut so nahe wie die gewöhnliche „nisi ea res restituetur“. Und daß mit ihr eine beträchtliche Weite des richterlichen Offiziums wohl vereinbar ist, das erhellt für das erste Edikt aus der nicht interpolierten[5]) Erwähnung des officium iudicis in D. 4, 9, 3, 5 und der Zulassung des iusiurandum in litem (ed. Theoderici [Mon. Germ. hist. V 145ff.] cap. 119)[6]), für das zweite Edikt aus D. 42, 5, 14, 1,

---

[1]) Sie wird auch von Biondi, Dottrina 103 oben gebilligt, während Lenel selbst sie früher (Beitr. 89, 90f., 94ff.) verwarf und auch heute noch hier und da Zweifel (Ed. 239 N. 7) oder gar Widerspruch (Ed. 188 N. 5 a. E.) erhebt.

[2]) Oben S. 11ff.

[3]) Trotzdem Lenel, Ed. 174: arbitrio tuo; folgerecht hätte sein Kriterium nur zu einem noch nie verfochtenen „neque . . . . officio tuo . . . . restituetur“ führen dürfen: vgl. Gai. D. 5, 3, 10, 1, Javol. D. eod. 44 usw.

[4]) Beginnt Lenel hier am „arbitrio tuo“ zu zweifeln, da er diese in der ersten Auflage und noch im édit I 192 stehenden Worte in der zweiten Auflage 166 durch Punkte ersetzt?

[5]) Näheres mein Konkurrenzrecht § 95.

[6]) „. . . quantum petitor iuraverit se in eo loco perdidisse, restituat“. Dazu Goldschmidt, ZfHandR. 3, 117ff., Peters, ZSSt. 32, 296f.; a. M. (aber nicht stichhaltig) Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II 154, Karlowa a. a. O. II 1316 N. 6.

wonach „omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore". — Ein weiteres Ermessen als das eines bonae fidei-Judiziums benötigt auch der über die aedilizische actio urteilende Geschworene nicht. Nichts weiß von einem formularen „arbitrio" die erhaltene Restitutionsklausel, die sich innerhalb der formula redhibitoria an den Verkäufer wendet („et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur": Ulp. D. 21, 1, 25, 9), nichts weiß von ihm die übrige Formel, deren ungewöhnliche Ausführlichkeit einen sie entbehrlich machenden Generalbegriff schon an sich kaum zuließe[1]), nichts weiß von ihm das durch seine Länge ausgezeichnete aedilizische Edikt (D. 21, 1, 1, 1), keinen noch so leisen Anklang an die Formularität des Arbitriums enthalten die in mächtigen Stücken auf uns gekommenen Kommentare, die in dieser Richtung zu beschneiden die Byzantiner nicht den mindesten Anlaß hatten: diese Reihe von Argumenten kann unmöglich durch den Hinweis auf das vieldeutige und mit leichter Mühe anders[2]) erklärbare „arbitrium iudicis" der Kommentare entwaffnet werden.

d) Unmittelbare Reste formularer Restitutionsklauseln sind nur in verschwindend geringer Zahl überliefert. Um so größeres Gewicht beanspruchen die vorhandenen. Neben dem eben erwähnten Stück der formula redhibitoria ist hier zunächst wohl schon eine Bemerkung des Gaius verwertbar. Daß im IV 163 die Worte „iudicis arbitrio" nicht formular sind, wurde bereits[3]) gesagt. Man braucht sie nur wegzudenken, um den Satz des Juristen unverständlich zu finden: daß der Beklagte gerade „iudicis arbitrio" das Ob und Wieviel seiner Restitution anheimgibt, damit wird einerseits die praktische Erheblichkeit des „arbitrum postulare" sprachlich und sachlich begründet und andererseits innerlich erklärt, warum es hier „sine periculo" abgehen konnte. Wiederum[4]) liegt also der Ton auf „iudicis", das der fein-

[1]) Ebenso Lenel, Beitr. 94f. gegenüber Ed. 533.
[2]) S. unten S. 81f. [3]) S. 15f.
[4]) Vgl. oben S. 20f., 23f.

fühlige Schriftsteller nicht umsonst entgegen dem Sprachgebrauch des Edikts[1]) und der Gewohnheit der Juristen dem „arbitrio" vorangestellt haben wird. Aber dieser Zweck der Darstellung entfällt, wo sie zum Sponsionsverfahren übergeht. Und hier — in IV 165 — ist denn in der Tat vom arbitrium nicht mehr die Rede: trotz der Genauigkeit seines Referats gibt Gaius die Restitutions-(Exhibitions-)Klausel des sog.[2]) iudicium secutorium lediglich mit „nisi ei res exhibeatur aut restituatur" wieder, und für das Cascellianum sive secutorium iudicium stellt er sie in IV 166a i. f. mit den Worten „nisi restituat mihi possessionem" dar. — Viel bedeutsamer noch ist die bekannte Äußerung Ciceros (in Verr. II 2, 12 § 31), die einzige Stütze für die Restitutionsklausel der formula petitoria: „L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex iure Quiritium P. Servilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur". Trotz sichtlicher Beachtung aller Formelförmlichkeiten[3]) verlautet von einem arbitrium nichts. — Auch den Abkürzungen des Probus ist das angeblich stereotype „nisi arbitrio tuo restituetur" fremd. Seine Restitutionsklausel lautet NR = non restituetur[4]), und wo er den arbitratus verwendet, da handelt es sich um ganz andere Dinge: VBA = viri boni arbitratu.[5]) — Endlich mag bemerkt sein, daß das heutige Kernwort „arbitrium" in den Schriften der Klassiker nirgends Gegenstand der Interpretation ist: der magere Spruch des Verrius Flaccus[6]) spricht Bände.

III. A. 1. Ist mit der „clausula arbitraria" reiner Tisch gemacht, so entsteht die Frage, wo denn die bisher in ihr erblickte Wurzel richterlicher Befindensfreiheit in Wahrheit zu suchen ist. Die Quellen kargen mit der Antwort nicht:

---

[1]) D. 4, 2, 14, 11; 47, 10, 17, 5.

[2]) Vgl. Levy, Privatstrafe 86 N. 3.

[3]) Vgl. auch Lenel, Ed. 181 N. 4, Wlassak, ProzGes. I 115ff., bes. 120f. — Unzutreffend Huschke, Gaius 237 N. 113, Cohn (Conrat), actio de eo quod 141 N. 3, Bertolini, Proc. civ. II 71 N. 3: „Va aggiunto 'arbitrio tuo' sottinteso".

[4]) Prob. Eins. 18 (ed. Girard [Textes⁴ 218] Nr. 57).

[5]) Prob. 5, 4. — Anwendungsfälle: VIR. I 486, „arbitratus" A 1.

[6]) S. oben S. 17.

die Beachtung, die sie dem „arbitrium" vorenthalten, lassen sie in reichstem Maße dem „exhibere" und namentlich dem „restituere" zuteil werden. Seit langem von Gesetz[1]) und Prätor[2]) in weiter Bedeutung technisch gebraucht, ist „restituere" an zahllosen klassischen Stellen[3]) der Ausgangspunkt einer Auslegung, die unmittelbar der Präzision des officium iudicis zu dienen bestimmt ist. Und das ist den Juristen deutlich bewußt geworden: neben dem vorhin[4]) wiedergegebenen Ausspruch des Gaius erscheinen die nicht weniger allgemeinen Bemerkungen des Pomponius und Paulus: D. 50, 16, 246, 1 i. f.: „tota restitutio iuris est interpretatio", D. 22, 1, 38, 4: „verbum 'restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur"[5]), D. 50, 16, 81: „verbo 'restitutionis' omnis utilitas actoris continetur"[6]). Sie alle widerlegen erneut die herrschende Meinung, nach der das

---

[1]) Vgl. die sog. lex Rubria XXII 31, 35, 39 — gleichviel, ob sich hier das „restituere" auf Interdikte (so Demelius, Confessio 136 N. 3, 147 ff., Lenel, Ed. 431 N. 4 und die von Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1005 N. 1 Angeff.; vgl. auch Schmidt, Interdiktenverf. 207 ff., Liebenam, R.-E. V 1828f., 1831, 1833) oder auf gewisse Aktionen (Karlowa II 1003 ff., Giffard, Confessio in jure 113 ff., Kisch, ZSSt. 22, 226; vgl. auch Segrè, Studi Fadda VI 336 N. 1) bezogen hat.

[2]) Zum „restituere" der restitutorischen Interdikte namentlich Cic. p. Tull. 23, 53, Prob. Eins. 70. Dort bezeichnet das Wort gar nicht die Befriedigung des Klägers, sondern die Unterwerfung unter den arbiter, nach dessen Befinden später realiter restituiert werden soll: Rudorff, ZRG. 3, 6, Demelius und Lenel (vgl. vorige Note), letzterer in Abweichung von Ed. 1. Aufl. 357 N. 4; anders Giffard a. a. O. 116f. In vielen Interdikten kann „restituere" gar nicht „zurückgeben" bedeuten: s. unten S. 31 N. 3.

[3]) Z. B. D. 5, 3, 19, 3; 6, 1, 20; 10, 4, 9, 5 (dazu eod. 5, 6; eod. 7, 3); 22, 1, 38, 4 ff. (vgl. 50, 17, 173, 1); 39, 3, 22, 1; 41, 2, 52, 2 i. f.; 42, 8, 10 §§ 19—23; 43, 8, 2, 43; 43, 16, 1, 31/2; eod. 9, 1; 43, 24, 15, 7; 43, 26, 8, 4; 50, 16, 22; eod. 35; eod. 75; eod. 81; eod. 246, 1; vgl. auch eod. 73 und D. 46, 5, 2, 1 (unten S. 40f.).

[4]) S. 25.

[5]) Zum interd. fraudatorium: Lenel, Ed. 479. Auf die Fehde Lenel-Solazzi ist hier im übrigen nicht einzugehen. Die Beanstandung der zitierten Worte durch Solazzi, Revoca degli atti fraudolenti 36 ff. scheint mir nicht begründet.

[6]) Zum sog. interd. demolitorium: Lenel, Paul. Nr. 1178.

„restituere", um eine „plena significatio" zu erhalten, ja erst des beigefügten „arbitrio tuo" bedürfte, und geben die unzweideutige Auskunft, daß ganz ähnlich wie das oben[1]) berührte „verberare" auch „restituere" an sich in weitem Umfang ein Blankettbegriff ist, der zu seiner sachgemäßen Ausfüllung im konkreten Falle das Eingreifen eines freier gestellten Ermessens nötig machte; eines Ermessens, das, weil das „restituere" in der Formel stand, wie von selbst dem Geschworenen zufiel. So lernen wir den inneren Grund der im vorstehenden erzielten Feststellung kennen: der Arbitriumszusatz wäre eine bei der Knappheit der Formel unleidliche Phrase gewesen.

2. Daß „restituere" eine derartige Rolle erlangte, war mit nichten reine Willkür oder gar ein Verstoß gegen den Geist der Sprache. Restituere heißt dem ursprünglichen Sinne nach gar nicht „zurückgeben", sondern „wiederherstellen", „in den früheren Zustand zurückversetzen".[2]) Diesen Sinn trägt es überwiegend in seinen vielleicht ältesten technischen Verwendungen bei den Interdikten[3]) und der in integrum restitutio, und ihn hat es die ganze klassische Zeit hindurch auch mit Bezug auf die richterliche Restitution behalten: „Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit" (Ulp. D. 43, 8, 2, 43)[4]), „Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere"[5]) (Ulp. D. 21, 1, 23, 7). Es ist aber fernerhin auch kein Wechsel der Bedeutung, sondern nur eine Ausnutzung der in einem solchen Begriff liegenden Nuancen,

---

[1]) S. 20.

[2]) VIR. h. v. zu I; Seckel-Heumann, h. v. zu 1 und die allgemeinen Wörterbücher. — Wenig klärend Savigny, System V 127 ff.

[3]) Z. B. in D. 39, 1, 20 pr. (dazu D. 50, 16, 81); D. 43, 8, 2 §§ 35, 43; 43, 12, 1, 19; 43, 13, 1, 11; 43, 23, 1, 15; 43, 24, 1 pr.; eod. 15, 7. Auch das interdictum unde vi gebot nicht die Rückgabe des Grundstückes an den Dejizierten, sondern die Wiedereinsetzung seiner Person und Habe in das Grundstück: Unde . . . . deiecisti . . . . ., eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas: Lenel, Ed. 449, 450, 452; vgl. auch D. 43, 16, 1, 21; eod. 9, 1.

[4]) Insoweit auch von Beseler, Beiträge III 96 nicht beanstandet.

[5]) Dazu Pernice, Lab. II 2, 249 f., Haymann, Haftung d. Verk. I 32 f.

wenn er (insbes. im Verein mit dem ebenso vieldeutigen „res") weitere Kreise zieht. Wird „res" körperlich aufgefaßt, so umspannt „restituere rem" von selbst auch die Rückerstattung der Sache. Aber es umspannt sie nur, niemals erschöpft es sich in ihr: die Rückerstattung ist regelmäßig nur ein Teil, eine Seite der Rückbildung (restitutio) der ganzen Angelegenheit (res) in den ehemaligen Stand, in die frühere condicio oder causa, welch letztere in einer Reihe oft mißverstandener Zeugnisse denn auch selbst als restituierbar bezeichnet wird.[1]) Immer wieder warnen die Klassiker bei der Auslegung der Edikte, Formeln und Inter-

[1]) Gai. D. 6, 1, 20; Ulp. D. 7, 6, 5, 4a, D. 10, 4, 9, 7, D. 43, 16, 1, 31; Paul. D. 12, 1, 31 pr., D. 22, 1, 38, 7. Namentlich aus den vier ersten Fragmenten (sowie aus Jul. D. 30, 91, 7: s. unten S. 34 N. 3) ergibt sich klar der Gedanke, daß die Wiederherstellung der (früheren) Rechtslage (restituere causam) die Leistung des partus ancillae, des Sklavenerwerbs und Schadensersatzes zur Folge hat, aber nicht mit ihr identisch ist. Auch dem daraus abgeleiteten, von Papinian (D. 22, 1, 2; eod. 3, 1; eod. 8) bevorzugten „causam praestare" liegt dieser Gedanke noch zugrunde, wie etwa des Pomponius Ausdruck „condicionem praestare" (D. 50, 16, 246, 1) lehrt. — Dagegen bedeutet es eine durch solche Wendungen veranlaßte, aber nicht gerechtfertigte Vermengung von Ursache und Wirkung, wenn an vereinzelten Stellen causa selbst „den Inbegriff aller Nutzungen und Vorteile einer Sache" (Seckel-Heumann, h. v. 5) bezeichnet. Dieser Sprachgebrauch wird durch D. 6, 1, 68 (s. unten S. 69 N. 1), D. 43, 26, 8, 6 (dazu Pernice, Lab. II 2, 21 N. 2 a. E., di Medio, Bull. 17, 13ff., Schulz, ZSSt. 32, 79ff.; anders noch Wenger, R.-E. V 1965) und namentlich durch die Digestenrubrik 22, 1 als byzantinisch erwiesen. Entsprechend werden interpoliert sein: a) Ulp. D. 4, 2, 12 pr.: [et omnem causam] hinkt nach, unterbricht den Zusammenhang mit dem Folgenden und widerspricht hinsichtlich des Verhältnisses von partus und causa demselben Ulpian D. 10, 4, 9, 7. b) Ulp. D. 4, 2, 14, 7: mindestens [id est cum fructibus et omni causa], aber das ganze Fragment ist an seinem Platz nicht unterzubringen: Lenel, Ulp. Nr. 378. c) Ulp. D. 6, 1, 17, 1: die Tilgung von [omnem causam praestandam: et ideo et] beseitigt sachlich Unnötiges und gibt sprachlich dem Rest einen besseren Fluß. Der Kompilator hingegen will sein Erzeugnis noch heller ins Licht setzen und fährt fort: [usque adeo autem et causae veniunt, ut]. Der Plural ist unsinnig, „veniunt" erinnert an D. 43, 26, 8, 6, „ut" regiert den Indikativ, das ganze ist überflüssig. d) Ulp. D. 16, 3, 1, 24: [et omnem causam]; wegen des Verhältnisses von causa und partus s. zu a), wegen „venire" s. zu c). e) Wahrscheinlich auch Paul. D. 22, 1, 38, 11: [omnis causa et], wo causa gleichfalls Leistungsobjekt ist. Das ganze Fragment spricht gemäß

dikte vor dem modernen, aber schon einstens drohenden Irrtum, als sei mit dem Zurückgeben der Sache die Restitution vollzogen: nec (enim) sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur (daß der frühere Zustand der Angelegenheit wiederhergestellt werde), id est ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset (Gai. D. 6, 1, 20).[1]) Ferner:

Restituit qui non tantum solum corpus, sed etiam omnem rem condicionemque reddita causa praestet (Pomp. D. 50, 16, 246, 1).[2])

Mit dem Worte „restituas" praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset" (Paul. D. 22, 1, 38, 4).

„Restituere" autem is intellegitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset (Paul. D. 50, 16, 35).

„Restituere" is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset (Paul. D. eod. 75).

Praeterea generaliter sciendum est ex hoc interdicto[3])

---

dem Programm des princ. nur von den fructus; wo sonst die Kausarestitution angedeutet (§ 4) oder erwähnt (§ 7) wird, da erscheint sie als der Fruchtleistung übergeordnet und nicht gleichgestellt. — In allen beanstandeten Stellen (in D. 43, 26, 8, 6 sogar zweimal) ist übrigens von „omnis causa" die Rede; wegen „omnis" s. etwa Pernice a. a. O. II 1, 278 N. 3, Kübler, Festg. f. Gierke SA. 20 N. 6.

[1]) Bis ins kleinste denselben Satzbau zeigt der wohl gleichfalls auf Gaius zurückgehende (s. auch Ferrini, Bull. 13, 202) Beginn von Inst. 4, 17, 3, der die entsprechende Anwendung des Obigen auf die Exhibition lehrt; dies in Übereinstimmung namentlich mit Ulp. D. 10, 4, 9, 5 (quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur); vgl. auch D. eod. 5, 6; eod. 7, 3.

[2]) Dig. und Lenel, Pal.: restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem .... Mommsen: restituit non, qui solum corpus, sed qui omnem .... Die erstere Lesart ist sachlich, die letztere sprachlich anstößig; die im Text vorgeschlagene vermeidet beide Bedenken und stimmt mit den Basiliken 2, 2, 246, 1 (Heimb. I 61) überein.

[3]) Dig. und Lenel, Pal.: hac actione. Wie im Text Solazzi, Revoca degli atti fraudolenti 32, 36.

restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset (Ulp. D. 42, 8, 10, 22).

Qui vi deiectus est, quidquid damni senserit ob hoc quod deiectus est, reciperare debet: pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus (Ulp. D. 43, 16, 1, 31; entsprechend eod. §§ 40, 41 und Paul. D. eod. 9, 1).

Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset (Ulp. D. 43, 24, 15, 7; vgl. eod. § 10).

Ex hoc interdicto (de precario) restitui debet in pristinam causam (Ulp. D. 43, 26, 8, 4).

In allen diesen Fragmenten, die sich leicht vermehren ließen[1]), wird in auffallender Eindringlichkeit das Gewicht darauf gelegt, daß rückschauend die Lage des Geschädigten in einem früheren Moment[2]) zum Ausgangspunkt zu nehmen und diese Lage sei es in Natur, sei es durch ausgleichende Geldleistungen wiederherzustellen ist.[3]) Dies gleichviel, ob eine Rückerstattung gar nicht in Rede steht[4]) oder ob, wie bei der hereditatis petitio (D. 5, 3, 40 pr.), rei vindicatio (D. 6, 1, 20)[5]), vindicatio in servitutem (D. 50, 16, 75), bei der actio Fabiana (D. 22, 1, 38, 4) oder dem interdictum de precario (D. 43, 26, 8, 4) das nächstliegende

---

[1]) Man vergleiche etwa den sicher echten ut-Satz im Beginn von Paul. D. 5, 3, 40 pr. und den freilich nicht ganz zuverlässigen (s. unten S. 55 N. 4) Schluß von Paul. D. 6, 1, 35 pr.

[2]) In welchem? Dazu unten S. 52 N. 1.

[3]) Daß — wie Julian sich gegenständlich ausdrückt — dem Kläger jene frühere Rechtslage zur gegenwärtigen gemacht werde: „causa eius temporis, quo lis contestabatur, repraesentari debet actori" (D. 30, 91, 7).

[4]) S. z. B. oben S. 31 N. 3.

[5]) Eine Brücke zwischen der herrschenden und der hier verfochtenen Meinung bildet die doppelte Übersetzung, die Partsch, Formules de procédure civ. rom. (1909) 9 von dem „ea res . . . restituetur" der formula petitoria bietet: „cette chose n'est pas restituée (cette affaire remise en état)".

Ziel eine Sachrückgabe ist. Den Juristen erscheint auch die restitutio corporis[1]) stets nur als ein Stück des weitergreifenden causam restituere oder des gleichbedeutenden formularen rem restituere. Gerade deshalb dürfen sie ja, wie etwa[2]) Gaius in D. 6, 1, 20, wie Paulus in D. 22, 1, 38, 5[3]) oder Ulpian in D. 7, 6, 5, 4a, D. 10, 4, 9, 7, D. 43, 26, 8, 4 restituere in dem ursprünglichen (technischen) und in dem abgeleiteten Sinne ohne Skrupel auf engstem Raume neben einander verwenden.

Aber selbst in „corpus restituere" ist die Bedeutung von „zurückgeben" nicht wesentlich enthalten. Wenn der Geschäftsführer, mag er beauftragt sein (Cic. p. Rosc. Am. 39, 114, Gai. III 111, 117, D. 3, 3, 46, 4; 17, 1, 8 §§ 9. 10; eod. 10 §§ 8. 9; eod. 22, 9; eod. 59, 1) oder nicht (D. 3, 5, 18, 3; eod. 22[4])), das Erlangte oder der Auftraggeber die Aufwendungen (D. 3, 3, 46, 6; 17, 1, 27, 4) "restituit", wenn der Verkäufer in gewissen Fällen (D. 19, 1, 13, 18; 22, 1, 38, 8; 28, 5, 38, 5; 39, 3, 16; vgl. auch D. 7, 1, 54 i. f.) einen ihm nach Kaufabschluß aus der Kaufsache zugeflossenen Gewinn dem Käufer „restituit", wenn — außerhalb des ordo iudiciorum — der Erbe dem Fideikommissar hereditatem „restituit" und hier überall „restituere" der korrekteste, technische Ausdruck ist, so wäre das aus einer Grundbedeutung „zurückerstatten" nicht zu erklären. Auch wir sprechen hier nicht von bloßem „Geben", sondern von „Herausgeben" und deuten damit an, daß das Herauszugebende schon zu der Zeit, da es sich in Händen des anderen Teils befindet, dem Geschäftsherrn, Käufer, Fideikommissar von Rechts wegen gebührt. Damit sind wir auch hier bei dem eben festgestellten Grundbegriff gelandet. Das allen diesen Anwendungen Gemein-

[1]) Auf gleicher Stufe erscheinen „opus restituere" in Ulp. D. 39, 3, 6, 6 und „impendia restituere" in Ulp. D. 43, 24, 11, 4 i. f., neben denen „damnum sarcire" noch besonders genannt wird. In der Formel selbst fällt dies alles gemeinsam unter das technische „rem restituere"; vgl. insbes. Ulp. D. 43, 16, 1, 31, Paul. D. 50, 16, 81. Die engere Verwendung des letzteren Ausdrucks in Ulp. D. 6, 1, 13 init. ist unecht: s. unten S. 57 N. 6.

[2]) Die Stellen bieten nur eine schnell gegriffene Auswahl.

[3]) Vgl. oben S. 31 N. 3. [4]) Hierzu unten S. 37 N. 8.

same ist, daß der Restitutionsberechtigte sei es durch obrigkeitliches Dekret, sei es durch unmittelbare oder wertausgleichende Leistung des Gegners in die Rechtslage versetzt wird, in der er ohne Dazwischentreten des Gegners schon in einem früheren Zeitpunkt gewesen wäre. Ein „cedere et vacuam relinquere possessionem", das ohne Rücksicht auf einen derartigen Zeitpunkt stattfindet, „multo plus est quam restituere" (Venul. D. 41, 2, 52, 2).[1] Jedes restituere ist also untrennbar verknüpft mit einem irgendwie gearteten „pristinus status", der anders als im Wege einer „nachträglichen Prognose" nicht ermittelt werden kann. Diese Prognose aber ist, wie sich von selbst versteht, ohne ein beträchtliches Maß richterlicher Ermessensfreiheit gar nicht auszudenken[2]: sie setzt das Abwägen einer großen Zahl in der Formel nicht präzisierter realer und hypothetischer Momente mit Notwendigkeit voraus, und so begreift es sich auch von innen, daß „pleraque restitutionis verbo continentur", daß dieses verbum „plenam habet significationem".[3] Wo apud iudicem zu restituieren ist, kann sein officium nicht enge gewesen sein.

3. Eine wichtige Probe auf das Exempel bietet ein naheliegender, aber nur scheinbarer Einwand. Wenn — ließe sich fragen — das restitutorische Element wirklich jene freiheitschaffende Kraft hat, wie erklärt sich dann der strikte Charakter der Kondiktionen, die „doch ihrer ganzen Anlage nach auf Wiedererlangung einer ins Vermögen eines anderen geratenen Sache gerichtet sind"[4]? Die Formel gibt die Antwort: sie enthält in keiner Form[5] ein restituere, sondern zielt auf ein „dare oportere" ab. Und das birgt einen wohl zu beachtenden Sinn. Wiederherzustellen ist hier ein ehemaliger Zustand ebenso wenig wie bei der formelgleichen actio aus Stipulation oder

[1]) Dazu Lenel, Pal. II 1210 N. 2.

[2]) Die herrschende Meinung hingegen, nach der es „längst feststand, daß der arbitratus iudicis auch die causa rei mit umfaßte", weiß mit der quellenmäßigen Rückbeziehung auf einen früheren Normalzeitpunkt natürlich nichts anzufangen; s. z. B. Pernice, ZSSt. 5, 54f.

[3]) Belege oben S. 25, 30. [4]) Pernice, Lab. II 2, 93.

[5]) Weder ein restituere oportere noch einen Restitutionsbefehl der üblichen Art.

Expensilation; es ist lediglich zu leisten und zwar derjenige Wert, dessen gegenwärtige Einbehaltung dem Zivilrecht widerstreitet.[1] Der Gegensatz liegt in dem dort ex tunc, hier ex nunc zu entnehmenden Maßstab und somit gerade in dem (entscheidenden) Punkte, daß nur dort, aber nicht hier für eine nachträgliche Prognose Raum ist. Wie tief dieser Gegensatz in der Anschauung noch der klassischen Juristen wurzelte, erweist die auffallende Tatsache, daß sie im Hinblick auf die kondizierte Sache das ihnen sonst so geläufige restituere durchgängig gemieden zu haben scheinen.[2] Wo das Wort vereinzelt begegnet[3]), kommt es aus dem Munde eines Konsulenten (Scaev. D. 12, 6, 61[4])) oder eines Kompilators (Ulp. D. 12, 4, 5 §§ 2. 3[5]), Paul. D. 12, 6, 65, 8[6]), Tryph. D. 13, 1, 20 i. f.[7])). In der Sprache der Klassiker ist es ein zuverlässiger Wegweiser, der vor der Annahme einer condictio warnt.[8]) Und so finden wir denn auch in einem Falle, der recht eigentlich durch „restituere" hätte gelöst werden können, eine geradezu entgegengesetzte Denkform: geht durch culpa oder in der mora des Kon-

[1]) Vgl. Pernice a. a. O. III 219.

[2]) Es sind die Digestentitel 3, 5 bis 4, 9; 12, 1 bis 14, 6; 44, 7 bis 46, 8 an der Hand von VIR. V 179ff. untersucht, im übrigen Stichproben gemacht.

[3]) Nicht hierher gehört Gai. D. 45, 3, 28, 3, wo „solvatur" und nicht „restituatur" auf das „credat pecuniam, ut . . . solveretur" zurückweist.

[4]) Scaevola selbst braucht in Paul. D. 42, 5, 6, 2 i. f. korrekt „repetitionem"; vgl. auch den Beginn der Paulusstelle und Scaev. D. 42, 8, 24: revocare.

[5]) Mit sechsmaligem restituere! Zu den Stellen: Faber, Rationalia adhl., Manns, Pönitenzrecht, 2. Aufl., 103ff., Gradenwitz, Interpol. 146, 166ff., Lenel, Ulp. Nr. 43, Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht 49, 58f., P. Krüger z. d. St. usw.

[6]) Pernice a. a. O. II 2, 118, P. Krüger z. d. St.

[7]) Hier ließe sich das Wort durch die Verknüpfung mit D. 43, 16, 19, wo es technisch steht, allenfalls erklären. Aber viel wahrscheinlicher ist der Passus „in restituenda ea, quam nec debuit auferre" als überflüssiges und ungeschicktes Glossem zu tilgen.

[8]) Ein bezeichnendes Beispiel liefert Paul. D. 3, 5, 22; nur das „restituere" selbst sagt uns, daß nicht der angebliche Schuldner die condictio indebiti, sondern der Geschäftsherr die actio negotiorum gestorum gegen den Geschäftsführer hat. Wegen Jul. D. 6, 1, 52 s. Levy, Privatstrafe 89 N. 10 a. E.

diktionsschuldners[1]) der geschuldete Gegenstand unter, so „perpetuatur obligatio"; das „hominem dari oportere" wird bejaht, „proinde ac si viveret".[2]) Man weist also, um den Anschluß an die Formel zu gewinnen, jede Anlehnung an das restituere zurück. Nicht die Gegenwart wird an der Vergangenheit gemessen, sondern umgekehrt die Vergangenheit als Gegenwart fingiert. — Auch bei der Erstreckung der condictiones indebiti und ob causam datorum auf Akzessionen spielt der Gedanke der Rückbeziehung nicht hinein. Lediglich weil „indebiti soluti condictio naturalis est"[3]), „teilt der Zuwachs den Charakter der Muttersache"[4]): „fructus in condictionem veniunt"[5]) oder „fructus repetere[6]), recipere[7]) debeo" sagen hier Ulpian und Paulus, und es fällt sehr schwer zu glauben, daß der Letztgenannte der andersartigen Betrachtungsweise an zwei Stellen ein „restituere" entlehnt haben sollte: D. 22, 1, 38, 1 hat sich zweifellos schwere Eingriffe gefallen lassen müssen[8]), und D. 12,

[1]) Hierzu Näheres Gradenwitz, ZSSt. 34, 255ff.

[2]) D. 45, 1, 82, 1, Paul. Sent. 5, 7, 4; dazu Pernice a. a. O. II 2, 108ff.

[3]) D. 12, 6, 15 pr. (vgl. Gradenwitz, Festg. f. Schirmer 166 N. 1).

[4]) Pernice a. a. O. II 2, 143.

[5]) D. 12, 6, 15 pr. (zweimal); 13, 1, 8, 2; 22, 1, 38 pr.

[6]) D. 22, 1, 38 §§ 2. 3.

[7]) D. 22, 1, 38, 1 (dazu folgende Note).

[8]) Daß die Denkform „restituere fructus" den Byzantinern genehm ist, zeigt der jedenfalls von ihnen stammende Schlußsatz (Faber, Rationalia zu D. 12, 4, 7, 1, P. Krüger z. d. St., Biondi, Studi 25 N. 4). Interpoliert ist weiter das nachschleppende und überflüssige „omnimodo restituendi sunt", das an ähnliche Embleme in D. 2, 14, 7, 16 i. f. und D. 6, 1, 27 pr. i. f. erinnert (vgl. auch Seckel-Heumann „omnimodo" a. E.; oben S. 2 N. 4). Das übrigbleibende „fructus quoque restituendi sunt" steht und fällt mit dem zugehörigen Satze, innerhalb dessen Segrè bereits (1910) in den mir nicht zugänglichen Studi in onore di B. Brugi 391ff. (vgl. Biondi a. a. O.) die Worte „si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat" beanstandet hat (mit Recht, weil die in den vorigen Noten angeführten Parallelstellen von einer solchen innerlich ungerechtfertigten Einschränkung nichts wissen und sprachlich nur ein Gestammel vorliegt). Tilgt man diese Worte, so ist zunächst die ganze Distinktion „utique hi . . . . restituendi sunt" gegenstandslos. Das Vorangehende könnte echt sein, aber der ungeschickt aufgebaute Tatbestand nimmt um so weniger für sich ein, als „renuntiata adfinitas" so allgemein von Paulus nicht gesagt sein kann, weil sonst für die (sicher

6, 65, 5 macht (ebenso wie der subjektlose § 6) einen verkürzten Eindruck[1]). — Nur in einer Beziehung kennt das Recht der Kondiktionen wie ja auch das der strengrechtlichen Verschaffungsklagen die Rückbeziehung auf einen früheren Zeitpunkt, insofern das formulare „quanti ea res est" auf den Moment der Streitbefestigung zurückweist: dem Kläger gebührt „omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore (homo) solutus fuisset" (Paul. D. 12, 1, 31 pr.).[2]) Hier sind wir mit einem Schlage wieder in das Reich des „restituere" versetzt.[3]) Auch die causa (ehemalige Rechtslage) in Verbindung mit restituere[4]) oder praestare[5]) tritt uns alsbald entgegen. In der Tat spricht auch nichts dawider, daß im Hinblick auf die nach der litis contestatio eingetretenen Veränderungen und Zuwachse der Kondiktionenrichter freier habe befinden können: das „quanti ea res est" deckte ihn insoweit allemal. Aber nur insoweit; stand dagegen irgend etwas außerhalb der Schätzung in Frage, so band ihn das „dare oportere" durchaus.

Auch die Kondiktionen haben ihre Termini. Neben condicere erscheint repetere technisch für das „Zurückfordern" mit strengrechtlicher Klage.[6]) Aber selbst in den seltenen Fällen, in denen das Wort sich auf Nichtkondiktionen bezieht, sind dies niemals solche Aktionen, in deren Formel ein „restituere" auftritt.[7]) Die Kreise des

---

echte) Nuance „si per mulierem steterit, quo minus . . . ." kein Platz mehr wäre. Daß diese Nuance mit dem übrigen sich nicht recht verträgt, ist schon Hartmann, Obligation 267f. aufgefallen. — „Adfinitas" ist übrigens in den beiden Verwendungen in verschiedenem Sinne gebraucht: VIR. I 206, 1/2.

[1]) Zu vermissen ist namentlich die Entscheidung der im Principium gestellten und in den §§ 1 bis 4 jeweils beantworteten Frage, ob überhaupt eine „repetitio" Platz greift.

[2]) S. auch D. 16, 3, 12, 3.

[3]) D. 12, 1, 31 pr.; 22, 1, 2; eod. 38, 7.

[4]) D. 12, 1, 31 pr.; 22, 1, 38, 7; vgl. auch D. 30, 91, 7.

[5]) D. 22, 1, 2; eod. 3, 1 (s. oben S. 6 N. 5).

[6]) VIR. V 88ff. h. v. sub I A 1; vgl. auch Pernice a. a. O. III 213f.

[7]) VIR. V 90f. h. v. sub I A 2, B—E. — D. 6, 1, 43 i. f. ist itp.: Lenel, Paul. Nr. 423, Pernice a. a. O. 213 N. 3, P. Krüger z. d. St.

repetere und des restituere sind somit grundsätzlich[1]) reinlich geschieden. Bei der ungeheuren Häufigkeit jedes der beiden Ausdrücke kann das nicht Zufall sein. Daß das eine Wort vom Kläger, das andere vom Beklagten ausgeht, ist dabei offensichtlich ohne Einfluß. Die Erscheinung ist restlos erklärt, wenn man dem restituere die hier verfochtene Tragweite zugesteht: „restituere" ist dann das Kennwort für die Freiheit, „repetere" das für die Gebundenheit des judizierenden Geschworenen.

4. Dem entspricht es, daß sowohl in prätorischen Stipulationen wie in privaten Kautionen, deren Formulierung die Parteien frei in der Hand haben, „restituere" als Ausdruck für Zurückerstattung bevorzugt worden zu sein scheint.[2]) Gerade in diesen Zusammenhang[3]) gehört eine Äußerung des Ulpian, die darüber hinaus Beachtung verdient (D. 50, 16, 73):

> Haec verba in stipulatione posita „eam rem recte restitui" fructus continent: „recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est.

Nur scheinbar ist „recte" das Auslegungsobjekt; denn „recte" heißt nichts anderes als „richtig".[4]) Auch ohne das „recte" wäre mit „restitui" natürlich ein r i c h t i g e s „restitui" gemeint. Auch der Restitutionsbefehl einer Prozeßformel, die mit der Sprache ökonomischer umgeht als die gemächlichere Kautelarjurisprudenz, hat ganz gewiß ein „richtiges" restituere im Sinn. Was von dem „recte restitui" bezeugt ist, muß deshalb notwendig von dem bloßen „restitui" in Geschäfts- oder Prozeßformeln gleichfalls gelten.[5]) Das heißt: das restituere ist der Konkretisierung seitens eines frei waltenden Ermessens bedürftig und trägt die Aufforderung zu solcher Konkretisierung in sich selbst. Ein danebenstehendes „arbitrio" ist deshalb allemal

---

[1]) Über eine interessante Modifikation s. unten S. 48f.

[2]) Vgl. etwa D. 45, 1, 43; eod. 82 pr.; eod. 83, 5 i. f.; 46, 5, 2 pr. und D. 31, 76, 7; 35, 1, 79, 2, wo die Muciana cautio in Frage steht; s. auch D. 30, 47, 2; eod. 69, 5.

[3]) Dazu Lenel, Ed. 524, Perozzi, Istit. II 69 N. 2.

[4]) Vgl. auch Ulp. D. 7, 1, 13, 8 (zur cautio usufructuaria): „non recte nec ex boni viri arbitratu facturum . . ."

[5]) Sehr deutlich übrigens Ulp. D. 35, 3, 3 §§ 6. 7.

überflüssig. Wo es sich findet, da kann es stets nur die etwa nötige Bezeichnung der arbitrierenden Person bezwecken[1]) oder, wo als solche Person der „vir bonus" auftritt, die im Zweifel auch ohnedies anzunehmende Bedeutung[2]) haben, daß „die Bestimmung nach billigem Ermessen" und nicht „nach freiem Belieben zu treffen ist" (vgl. BGB. §§ 315 Abs. 1, 317 Abs. 1, 319 Abs. 1, 2).

So ist es denn auch bezeichnend, daß gelegentlich der prätorischen cautio ex operis novi nuntiatione, die vielleicht ein „restitui boni viri arbitratu" enthalten hat[3]), die Auslegung sich an das „restitui" heftet[4]); eine Beobachtung, die an Gewicht noch gewinnt, wenn man auf der anderen Seite bemerkt, wie die entsprechende Interpretation der in der cautio pro praede litis et vindiciarum stehenden Worte „sive ea res . . . boni viri arbitratu defensa non erit"[5]) aus dem arbitratus und nicht unmittelbar aus dem Defensionsbegriff abgeleitet wird.[6])

B. 1. Das Mittel, das dem Geschworenen das Befinden über das restituere in die Hand gab und damit die Ausdehnung seines Offiziums bewerkstelligte, konnte naturgemäß nur darin bestehen, daß die Klagformeln eine ausdrückliche Restitutionsklausel in sich aufnahmen. In der Tat ist die formulare Bedingung, die die Verurteilung des Beklagten von vorgängiger Restitutionsweigerung abhängig macht, allen Aktionen eigen, die man bisher als „arbiträr" zu bezeichnen pflegte. Nur selten ist sie (unmittelbar[7]) oder mittelbar[8])) überliefert, und nicht immer hatte sie

[1]) S. oben S. 20f., 23f.; vgl. auch D. 45, 1, 43.

[2]) Vgl. Cels. D. 38, 1, 30 pr.

[3]) So wenigstens Lenel, Ed. 524 auf Grund von D. 39, 1, 21, 4, wo es sich aber ähnlich wie in D. 50, 16, 73 und D. 35, 3, 3 §§ 6. 7 um bloße Interpretation handeln kann.

[4]) D. 45, 1, 4, 2; 46, 5, 2, 1.

[5]) Lenel, Ed. 502.

[6]) D. 46, 7, 17; vgl. auch D. 3, 3, 78 pr. (Lenel, African. Nr. 57); D. 46, 1, 33 i. f.; 46, 7, 5, 3; eod. 18 (dazu P. Krüger z. d. St., Peters, ZSSt. 32, 236). S. ferner das Edikt in D. 3, 3, 33, 3 und dazu D. eod. 45 pr. Allmählich kam man freilich auch beim defendere dazu, das arbiträre Moment zu subintellegieren; so Paul. D. 3, 3, 77 zu dem das viri boni arbitratu nicht enthaltenden Edikt Lenel § 206.

[7]) Oben S. 28f. [8]) Oben S. 23ff.

dieselbe Fassung[1]), doch kann kein Zweifel bestehen, daß die einfachste Form „nisi (neque) ea res restituetur" auch die Regelform war. Das ist bis vor kurzem die allgemeine Lehre gewesen abgesehen davon, daß diese, wie dargelegt, noch ein arbitrio tuo (iudicis) hinzusetzen zu müssen glaubte. Neuestens hat nun aber Biondi[2]) das Kind mit dem Bade ausgeschüttet, indem er bei allen Pönalklagen[3]) nicht nur diese Arbiträrklausel, sondern die ganze Restitutionsklausel in Abrede gestellt hat. Eine ins einzelne gehende Widerlegung Biondis, die eine Bekämpfung sehr vieler seiner Exegesen in sich schließen müßte, ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich; sie ist um so weniger erforderlich, als die gewichtige Stimme Segrès[4]) ihren Zweifel, diejenige Lenels[5]) ihren entschiedenen Widerspruch bereits angemeldet hat und ich selbst die meisten der von Biondi behandelten Aktionen teils in der kürzlich erschienenen Schrift über „Privatstrafe und Schadensersatz", teils in dem dem Abschluß entgegengehenden „Konkurrenzrecht" in gegensätzlichem Sinne zu würdigen versucht habe. Nur einiges wenige allgemeinerer Natur sei der Vollständigkeit halber hier zusammengestellt.

Die Grundbehauptung Biondis, daß die befreiende Wirkung einer nach der Streitbefestigung vorgenommenen Restitution mit der Strafnatur einer actio in unvereinbarem Widerspruch sei und deshalb nur der in iure stattgehabten Restitution eigne[6]), ist in der Überlieferung nirgends zum Ausdruck gebracht. Die hier zu findenden Sätze „in actionem poenalem non venit res ipsa (quae subrepta est)" (D. 47, 2, 48 pr.), „nemo tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit" (D. eod. 66 i. f.) oder „manet reus obligatus etiam rebus redditis" (D. 11, 3, 12) stehen jeglichem Einfluß der Restitution entgegen, gleichviel ob sie vor[7]) oder nach der litis contestatio erfolgt ist. Eben

[1]) Vgl. etwa die formula redhibitoria (Lenel, Ed. 533f.).

[2]) Studi 35ff. [3]) Wegen der übrigen Aktionen s. oben S. 15 N. 5.

[4]) Mél. Girard II 570ff. [5]) Festg. f. Sohm 208ff.

[6]) Vgl. auch Biondi a. a. O. 61f., 95.

[7]) Gerade hierzu besonders klar Gai. D. 47, 8, 5: „Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit."

deshalb bedurfte es in den Fällen, in denen der Prätor unter Abweichung vom Prinzip die Schadloshaltung des Verletzten mit strafabwendender Kraft ausstatten wollte, einer ausdrücklichen Normierung.[1]) Ein dergestalt von außen sanktioniertes Strafabwendungsmittel vermag dem Charakter der nicht abgewandten Strafe mit nichten Abbruch zu tun, und es ist von diesem Gesichtspunkt aus ohne Belang, ob die befreiende Leistung positiv zugleich einen sachverfolgenden Effekt hat oder nicht. Restitution und Urteilsstrafe stehen zu einander nicht in einem konjunktiven Verhältnis, wie es sich in dem justinianischen Begriff der actio mixta[2]) oder in der klassischen Anschauung der rei persecutionem enthaltenden Strafklagen[3]) äußert; sie sind inkompatibel, da die zweite nur eintreten kann, wofern die erste nicht Platz greift. — Theoretisch gesprochen, hatte ja nun freilich der Magistrat die Wahl, ob er nur die bis zur Streitbefestigung oder noch die bis zur Urteilsfällung bewirkte Restitution als straftilgend anerkennen wollte. Aber der Aufbau des klassischen Prozesses im Verein mit Zweckmäßigkeitserwägungen mußte im letzteren Sinne den Ausschlag geben. Zunächst war ein Verfahren, das Naturalkondemnation und -exekution nicht kannte, darauf angewiesen, dem Beklagten wenigstens solange wie irgend möglich die direkte Schadloshaltung des Klägers offenzuhalten und nahezulegen. Nach Biondis Theorie hätte man sich der im System des mittelbaren Zwanges nachhaltigsten Einwirkung, der Androhung sofortiger Verurteilung grundlos beraubt. Undenkbar ist es weiter[4]), daß der Beklagte sich ohne vorgängige Verhandlung und Untersuchung zur Restitution hätte bereit finden sollen: sonst wäre ja der unschuldige dritte Empfänger im Metusprozeß oder der gutgläubige Publikane bei Delikt seiner familia[5]) rechtlos gewesen. Aber ebenso unannehmbar ist

[1]) Näheres über den Einfluß der Leistung des Sachverfolgungsinteresses auf die Strafklage in m. Konkurrenzrecht § 79.

[2]) Vgl. Levy, Privatstrafe 140ff. Weder innerlich gerechtfertigt noch durch die Kompilation (Inst. 4, 6, 19) gestützt ist deshalb Biondis (Studi 71) Aufstellung einer doppelten Bedeutung des mixta-Begriffes.

[3]) Levy a. a. O. 21ff., 139.

[4]) So wohl auch Biondi a. a. O. 50, 201. [5]) Lenel, Ed. 374.

die prätorische causae cognitio Biondis, die darauf hinausläuft, daß die für den ordo iudiciorum charakteristische Zweiteilung des Verfahrens in der Hauptsache verschwindet und der Prozeß entschieden wird, noch ehe er begründet ward. Denn abweichend von allen uns innerhalb des ordentlichen Prozesses bekannten causae cognitiones hätte der Prätor, um die Restitution zu gebieten, die Sache bis zur pronuntiatio stets selbst durchzuberaten gehabt, und dem Geschworenen, der den Entscheid des Magistrats nicht desavouieren konnte, hätte nur noch die Abschätzung des Streitgegenstandes in Geld obgelegen. Würde das officium iudicis sich in einem derartig auf magistratischer Kognition fußenden arbitrium liti aestimandae erschöpft haben, so wäre weder die Bedeutung der litis contestatio noch die auch von Biondi[1]) insoweit nicht in Zweifel gezogene Formelfassung verständlich, die den Tatbestand des metus, dolus usw. hypothetisch in das Befinden des Judex verstellt. — Dafür, daß diesem letzteren die Entscheidung und Überwachung der Restitution zustand, spricht das Beispiel nicht nur der dinglichen Zivilklagen, sondern auch der actio Fabiana und der interdicta unde vi und quod vi aut clam, denen Biondi[2]) die formulare Restitutionsklausel zugesteht, ohne andererseits den m. E. zweifellosen[3]) und jedenfalls für die Interdikte unzweideutig belegten Strafcharakter überzeugend in Abrede stellen zu können. — Endlich verkennt Biondi durchaus die Sprache der prätorischen Edikte und der Juristen überhaupt, wenn er aus Wendungen wie „si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium (scil. praetor) pollicetur" (D. 4, 2, 14, 1)[4]) und ähnlichen entnehmen will, daß die Restitution in iure zu erfolgen habe. Gerade für die actio quod metus causa beweist ja das aus äußeren Gründen[5]) gar nicht zu beanstandende

[1]) Gegen Biondis (68) „eamque rem redditam non esse" Lenel, Festg. 211 N. 1.

[2]) Studi 37, 165ff., 179ff.

[3]) Levy a. a. O. 69ff., 86ff., Konkurrenzrecht § 49.

[4]) Von der möglichen Interpolation (Beseler, Beitr. I 75) ganz abgesehen.

[5]) Auch Biondi a. a. O. 50 bringt solche nicht bei, wenn er „iudicis" in „praetoris" ändert.

wörtliche Ediktszitat in D. eod. 14, 11[1]), daß nach dem Ermessen des Judex restituiert werden sollte. Und daß hier nicht etwa ein Widerspruch vorliegt, läßt sich statt vieler z. B. aus Ulp. D. 13, 1, 7 pr. entnehmen, wonach „decisione furti actio tollitur", obwohl das damnum decidere formelgemäß auch apud iudicem geschehen kann[2]), oder aus Gai. IV 107, wonach „si legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest", obwohl der Kläger solchenfalls sehr wohl litem zu kontestieren und nur nicht endgültig zu obsiegen vermag.[3]) Wie „actio" so hat eben auch das „iudicium (dabo)" des Albums die Doppelbedeutung von iudicium schlechthin und von erfolgreichem iudicium. So allein wurde es möglich, daß neben der „dicetur"-Schicht die andere Schicht, die das „iudicium dabo" von dem objektiven Bestehen des Tatbestandes abhängig machte[4]), sich behauptete.[5]) Wäre Biondi[6]) mit seiner Auslegung des Metusedikts und der oben[7]) zu 1, 2 und 4 angeführten Edikte im Recht, so hätte der Prätor

---

[1]) S. oben S. 21ff. — Lenel, Festg. 211 verweist ferner darauf, daß D. 4, 2, 14, 3 zum Formelkommentar gehört.

[2]) Gai. IV 37.

[3]) Vgl. m. Konkurrenzrecht § 4.

[4]) Zu dieser wichtigen Unterscheidung Dernburg, Festg. f. A. W. Heffter 103ff., bes. 108ff., Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I 467 N. 4. — Auf die zwischen beiden streitige Frage nach dem Alter der Schichten kommt hier nichts an.

[5]) Wo im einzelnen Fall Mißverständnisse zu besorgen gewesen wären, da wurde die Zuständigkeit des Beamten oder des Geschworenen durch ausdrücklichen Hinweis klargestellt (vgl. z. B. oben S. 23 bei N. 4). In der Regel war kein Zweifel denkbar, insbesondere nicht darüber, daß die Prüfung der Voraussetzungen einer konkreten actio dem Judex zustand, während allgemeine, außerhalb der einzelnen actio liegende Erfordernisse wie „si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur" (D. 4, 3, 1, 1) notwendig der Kognition des Magistrats unterlagen. Entsprechend war einem jeden geläufig, daß die Exhibition eines noxali iudicio zu defendierenden servus in iure vor sich ging (Lenel, Ed. 156), und so bedurfte es im Publikanenedikt (D. 39, 4, 1 pr. i. f.) keiner Erläuterung des „si hi . . . . non exhibebuntur": Lenel, Ed. 375.

[6]) A. a. O. 38ff., 41, 49ff., 61f., 161 N. 5 und sonst.

[7]) S. 24f.

auf Grund zahlreicher wichtiger Edikte (wie etwa zur actio negotiorum gestorum, de recepto, funeraria, exercitoria, depositi[1])) ein iudicium immer erst gewähren können, nachdem er selbst den gesamten Tatbestand endgültig geprüft und im Sinne des Klägers als vorliegend festgestellt hätte. Diese Ersetzung des Ordinarverfahrens durch die Kognition würde Biondi selbst wohl schwerlich gutheißen wollen. Aber auch wenn sie für einen Klassiker vollziehbar gewesen wäre: Justinian hätte sie vollends preisen und unterstreichen müssen. Und doch sieht sich Biondi[2]) genötigt, dem byzantinischen Kaiser die entgegengesetzte Reform zuzuschreiben, die die Herbeiführung der Restitution dem iudex überweist. Wenn so im Ergebnis Justinian es gewesen wäre, der in das zu klassischer Zeit (angeblich) stark gestörte Verhältnis zwischen den Verfahrensabschnitten in iure und apud iudicem wieder die erwünschte Ordnung gebracht hätte, so würde in der Tat alles, was wir vom Sinn des römischen und des byzantinischen Prozesses wüßten, ins Gegenteil verkehrt sein. Daß aber die Kompilatoren, wie Biondi[3]) will, an die Stelle des an unzähligen Orten von ihnen beibehaltenen Prätors oder Magistrats gerade in unserer Frage allenthalben den iudex gesetzt hätten, dafür fehlt jeder ausreichende Anhaltspunkt.

2. Unser Ergebnis, daß die Einwirkung des restituere-Begriffs auf das officium iudicis von seiner Formelsässigkeit abhing, ist noch nach einer Richtung hin zu sichern. Es gibt kein bonae fidei iudicium, bei dem nicht der eine Teil verbunden sein könnte, den anderen in einen früher einmal vorhanden gewesenen Zustand zurückzuversetzen, insbesondere[4]) dem anderen einen Gegenstand zurück- oder herauszugeben; ja, wenn man an locatio conductio, depositum, fiducia, tutela, res uxoria denkt, möchte man eine derartige Verpflichtung leicht sogar als die prinzipale ansprechen. Das bestätigen die Quellen, die mit (zweifellos zufälliger) Ausnahme der actio pro socio bei allen dem gajanischen Katalog (IV 62) zugehörigen Aktionen den

[1]) Lenel, Ed. 100, 127, 223, 249, 279. — Weitere Übersicht bei Dernburg a. a. O. 105ff., 114ff.

[2]) A. a. O. 35ff. [3]) A. a. O. 50ff. [4]) S. oben S. 34f.

Terminus „restituere" verwenden: neben den bereits[1]) erwähnten Aktionen ex empto vendito, negotiorum gestorum und mandati bei den actiones ex locato conducto (D. 19, 2, 33; eod. 48, 1; eod. 60, 4), depositi (Gai. III 207, Coll. 10, 6; 10, 8; D. 16, 3, 1 §§ 21 (5 mal), 32; eod. 5, 2; eod. 12, 1; eod. 14 pr.; eod. 22 (3 mal); eod. 26 pr.; eod. 31, 1 (3 mal); 44, 7, 1, 5; 45, 1, 83, 5 i. f.), fiduciae[2]) (D. 13, 7, 7[3]); eod. 22 §§ 1. 3; 15, 1, 36), tutelae (D. 12, 3, 8, C. 5, 53, 1), rei uxoriae (D. 11, 7, 29, 1; 15, 1, 36; 23, 3, 78, 4 und die in VIR V 185, 29—31 zitt. 8 Fragmente[4])). Trotzdem ist es sicher, daß in all diesen Judizien ein „restituere" nicht stand. Daß, wie man auf Grund von Gai. IV 47 behauptet hat[5]), die formula depositi (in ius concepta) und vielleicht noch einige andere hinter dem „condemnato" ein „nisi restituat" enthalten hätten[6]), ist schon wegen der beispiellosen Stellung der Restitutionsklausel sehr unwahr-

---

[1]) S. 35.

[2]) Vgl. Lenel, Ulp. Nr. 48, 902, 903.

[3]) = Paul. Sent. 2, 13, 1a (dazu Seckel-Kübler).

[4]) In Venul. D. 42, 8, 25, 1 gehört, wie man auch über die Interpolation denken mag (s. zuletzt Biondi a. a. O. 193ff.), mindestens das „restituturum" hierher.

[5]) Huschke, Studien des röm. Rechts (1830) I 316; Gaius 237 N. 113 und neuerdings May, Mél. Girard II 166f. vermuten die Restitutionsklausel in allen auf Restitution gerichteten bonae fidei-Formeln, wobei dann die mißliche Frage aufsteigt, ob die Klausel auch dann eingefügt gewesen sei, wenn in concreto gar keine Restitution geltend gemacht wurde. Rudorff, Ed. perp. 119 N. 9, 121 beschränkt die Klausel auf die formulae depositi und mandati, Bekker, Aktionen II 140 N. 16 (vgl. auch N. 17) setzt (nachdem er sich zuvor a. a. O. I 310f. ablehnend verhalten hatte) zweifelnd die actiones pigner. directa, neg. gest. directa, locati, de aestimato hinzu. In Widerspruch mit Gai. IV 47 steht Fischer-Schott usw., Hilfsbüchlein für den röm. Z.-Pr. 2. Aufl. (1913) 11, 18, wo die Klausel nicht bei der a. depos. directa, sondern nur bei der actio contraria erscheint. Für die Restitutionsklausel auch Novelli zu Gai. IV 47; unentschieden Bertolini, Proc. civ. II 18 N. 2.

[6]) Hiergegen Pernice, Lab. I 437 N. 49, ZSSt. 9, 228 N. 2, Studemund, Apograph. 282, Lenel, Ed. 279 N. 14 (gegen die erste Auflage), Girard, Man. 1022 N. 4 a. E., Nouv. Rev. Hist. 34, 497, Seckel-Kübler, Jurispr. antejustin. reliqu. z. d. St., Partsch, Formules de procéd. civ. rom. 6 N. 1, ZSSt. 31, 418, Taubenschlag, Grünhuts Ztschr. 35, 139 N. 12.

scheinlich.[1]) Nur bei der actio depositi ist der Schein eines Beweises vorhanden. Auch dieser schwindet, wenn man bedenkt: von den allenfalls einen Anhalt bietenden beiden Digestenstellen bezieht sich die eine (Ulp. D. 16, 3, 1, 21) auf die formula in factum concepta[2]), während in der anderen (Marcell. D. eod. 22) gerade der entscheidende Schlußsatz mindestens teilweise interpoliert ist.[3]) In der Gaiushandschrift aber muß das n. r. auf eines der zahlreichen Schreiberversehen zurückgehen: nirgends weist sie sonst diese von Probus Eins. 18 überlieferte Sigle auf; und daß sich die Probusnoten keineswegs ohne weiteres auf den Gaius übertragen lassen, zeigt gerade unsere formula depositi, in der nur die Noten Prob. Eins. 5 und 12 ähnlich, Prob. Eins. 13 verändert und Prob. Eins. 1, 4, 6, 8 überhaupt nicht verwandt sind.[4])

Wo „restituere“ in der Formel steht, ist „repetere“ aus der klassischen Diktion verbannt.[5]) Gehört dagegen — wie hier — „restituere“ nicht zum formularen Bestande, so tritt in der Sprache der Juristen alsbald „repetere“ wieder auf den Plan. Mit (zweifellos zufälliger) Ausnahme der actio tutelae findet sich „repetere“ bei allen bonae fidei iudiciis: bei der actio negotiorum gestorum in D. 5, 3, 50, 1, bei der actio mandati in D. 17, 1, 12, 8 (vgl. D. eod. 52; 34, 3, 28 pr.?),

---

[1]) Diesem Mangel vermag May a. a. O. II 166f. nur durch die Annahme eines Kopistenirrtums abzuhelfen, auf den es zurückzuführen sei, daß die Buchstaben n. r. im Cod. Veron. um einige Worte zu spät niedergeschrieben seien. Ganz abgesehen davon, daß dieser Irrtum nicht näher liegt als der von uns vorausgesetzte, führt Mays Hypothese zu einer neuen Schwierigkeit: in seiner Formel (167 N. 1) „quidquid . . . . ex fide bona, eius, id nisi restituat, iudex N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} condemnato“ müßte „eius“ den Grund der Kondemnation (Lenel, Beitr. zur K. d. pr. Ed. 101 ff.), „id“ den Gegenstand sowohl der Restitution wie der Kondemnation angeben. Das aber würde dem Grundsatz der condemnatio pecuniaria offen widerstreiten (vgl. Lenel a. a. O. 102 ff.).

[2]) S. unten S. 72 N. 6.

[3]) Faber, Ration. in Pand. adhl., Eisele, ZSSt. 30, 120f., P. Krüger (12. Aufl.) z. d. St., Beseler, Beiträge III 28; vgl. jedoch auch Gradenwitz, Königsb. Festg. f. Güterbock 311 N. 1.

[4]) Vgl. Studemund, Apograph. 204.

[5]) S. oben S. 39f.

bei der actio fiduciae[1]) in D. 27, 3, 5, bei der actio pro socio in D. 17, 2, 59, 1, bei den übrigen Aktionen an den in VIR V 90 zu A 2 gesammelten Stellen.

Beide Tatsachen, die Nichtformularität des „restituere" und seine Verträglichkeit mit dem gleichzeitig verwendeten „repetere" erklären sich ohne Zwang daraus, daß das ganze Zurück- und Herausfordern oder -geben — mochte es in concreto den alleinigen oder nur einen unter mehreren Klagegegenständen bilden, mochte es letzterenfalls die wichtigste oder nur eine nebensächliche praestatio darstellen — unter der unzähligen Masse von Tatbeständen, die das „quidquid . . . . dare facere oportet" umfaßte, notwendig zurücktrat. Daß dies ohne Beeinträchtigung des dem Restitutionsrichter zugestandenen Offiziums geschehen konnte, dafür sorgte der Zusatz „ex fide bona".[2]) Wenn der Beklagte, „cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere", so wurde darin ein dolo facere, eine Verletzung der bona fides erblickt.[3]) Damit war die erforderliche Gleichung gezogen, die die besondere Erwähnung des „restituere" überflüssig machte. Gegen die durchschlagende Kraft dieser Erwägung könnte nur dann ein Bedenken bestehen, wenn, wie Peters[4]) meint, die Tragkraft der ex fide bona-Klausel nicht so weit reichte wie die der Restitutionsklausel, weil „dem Judex die Befugnis, die bona fides zu beachten, nur zukommt, soweit es sich um Bestimmung des quantum der Leistung handelt". Indessen ist diese Lehre, die nicht nur der von Riccobono, Biondi und Segrè geäußerten[5]), sondern auch der herrschenden

---

[1]) Vgl. oben S. 5 N. 1.

[2]) Vgl. die ähnlichen Erwägungen Lenels, Ed. 297f. zum „quod melius aequius erit" der Dotalklage.

[3]) D. 15, 1, 36 i. f.; vgl. ferner D. 16, 3, 1, 47 i. f. (s. auch eod. § 22, wenngleich auf die formula in factum concepta bezüglich), D. 17, 1, 8, 9 (dazu eod. 10 pr.) und D. 16, 3, 31, 1: „haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit" (auch von Pernice, Lab. II 1, 171 N. 1 a. E., II 2, 215, P. Krüger z. d. St. und Schulz, ZSSt. 35, 105 N. 2 wohl nicht beanstandet).

[4]) ZSSt. 32, 292ff. Mit Unrecht beruft sich P. auf Lenel, Beitr. 81ff.

[5]) S. unten S. 51 N. 3.

Meinung[1]) stracks zuwiderläuft, durchaus abzulehnen. Der von Peters herangezogene Gegensatz zwischen dem „quantum" im Beginn des § 30 und dem „quemadmodum" am Schluß des § 31 des justinianischen Aktionentitels (Inst. 4, 6) fällt mit der Unechtheit des letztgenannten Passus[2]) von vornherein dahin. Aber auch abgesehen davon ist mit einer solchen Einengung der bonae fidei iudicia ein beträchtlicher Teil der von ihnen geltenden Grundsätze nicht vereinbar: Regeln wie sie in Gai. IV 63, 114, Vat. fr. 94, D. 2, 14, 7 §§ 5. 6[3]); 3, 5, 6; 16, 3, 24; 18, 5, 3; 21, 1, 31, 20; 24, 3, 21; 30, 84, 5 enthalten sind[4]), haben mit dem Wieviel der Verurteilung schlechterdings nichts zu schaffen. Und im Anfang der Überlieferung steht der Ausspruch des Qu. Mucius Scaevola, daß „summam vim . . . esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen . . . . manare latissime. . . . . in iis magni esse iudicis statuere, ..., quid quemque cuique praestare oporteret".[5]) Es bleibt also dabei, daß ein weiteres officium iudicis, als es die bonae fidei iudicia haben, das römische Recht nicht kennt. Auch die Macht des Restitutionsrichters hält damit nicht Schritt. Sonst wären hier nicht noch im spätklassischen Recht die exceptiones doli, pacti conventi, rei venditae et traditae, vitiosae possessionis, wegen höherer Gewalt usw. in vielen Fällen unentbehrlich gewesen[6]), sonst hätten nicht hinsichtlich des Zeitpunktes, seit welchem Früchte oder Schäden erwachsen sein mußten, wenn sie ohne weiteres in iudicium venire sollten, genaue Beschränkungen sich erhalten können[7]). Der Grund ist leicht zu sehen und längst geäußert. Dort ist schon die Feststellung des oportere selbst nach den Geboten von Treu und Glauben zu vollziehen, hier sind freiere Erwägungen bis zur Pronuntiation

---

[1]) Vgl. die unten S. 51 N. 2 Genannten; s. auch Seckel-Heumann „fides" 5a.

[2]) Dazu unten S. 80 N. 3. [3]) Dazu Longo, Studi Moriani I 195ff.

[4]) Vgl. auch Pernice, Labeo II 1, 173ff.

[5]) Cic. de offic. 3, 17, 70.

[6]) Vgl. etwa die Übersicht bei Seckel-Heumann „exceptio" 3 B a cc zu β und dd (S. 183).

[7]) Vgl. das Folgende.

überhaupt ausgeschaltet[1]); erst bei deren Realisierung im Litisästimationsstadium finden sie Raum, und auch dies nur in gewissem Maße.

C. 1. a) In welchem Maße? Darüber sind heute die entgegengesetztesten Ansichten verbreitet: bald werden die restitutorischen Aktionen zugleich mit den bonae fidei-Klagen den strikten Judizien entgegengestellt[2]), bald werden sie unter die letzteren eingereiht.[3]) M. E. verspricht diese Fragestellung wenig Erfolg, weil deren Pole (striktes und bonae fidei-Recht) als solche dem klassischen Recht nicht geläufig sind.[4]) Auch darf man annehmen, daß das officium iudicis nicht bei allen restitutorischen Aktionen die gleiche Ausdehnung gehabt haben wird. Eine eingehendere Darlegung, die hier viel zu weit führen würde, vorbehalten, sei dem etwaigen Einwand gegen die Erheblichkeit und Einheitlichkeit des Restitutionsbegriffes mit einer prinzipielleren Erwägung begegnet.

Beruht die Kraft des restitutorischen Momentes darauf, daß der Richter berechtigt und verpflichtet ist, die auf Grund der positiven pronuntiatio dem Beklagten obliegenden Leistungen so zu normieren, daß zugunsten des Klägers ein gewisser früherer Zustand wiederhergestellt werde[5]), so erhellt daraus ein Doppeltes. Alle Umstände, die vor dem der Restitution als Normalzeitpunkt zugrunde gelegten Moment eingetreten sind, müssen unberücksichtigt bleiben. Umgekehrt sind sämtliche späteren Tatsachen in Betracht zu ziehen, gleichviel ob sie zugunsten oder zuungunsten des Klägers sprechen; denn wie nicht schlechter, so soll seine Lage doch auch nicht besser sein, als sie sein würde, wenn er im Normalzeitpunkt restituiert worden wäre.[6]) Damit scheint für den Ausgangspunkt ein fester

---

[1]) Insoweit zutreffend Pernice a. a. O. II 1, 288; vgl. auch Lenel, Beitr. 83.

[2]) So wohl die meisten; vgl. z. B. Pernice a. a. O. II 1, 235, 255 N. 1, 288, 291, Sohm, Instit. 14. Aufl. § 53 S. 330f., Naber, Mnemosyne 24, 55f., Perozzi, Istit. II 68, May, Mél. Girard II 158ff., 165ff.

[3]) Vgl. Riccobono, Bull. 20, 102f.; 26, 51, Biondi, Dottrina 98 N. 2, wohl auch Segrè, Mél. Girard II 569 N. 2. — Eine lehrreiche Literaturübersicht bei Biondi, Studi 1f.

[4]) S. unten S. 81f. [5]) S. oben S. 31ff. [6]) Hierzu unten S. 58f.

Maßstab gewonnen, der mit seinem beweglichen Faktor, der variierenden Stichzeit[1]), zugleich die zwischen einzelnen Aktionen bestehenden Differenzen[2]) erklärt und sich von jeglichem Übergriff auf das den bonae fidei iudiciis vorbehaltene Gebiet fernhält. Daß der Maßstab der Überlieferung entspricht, wird prinzipiell durch die oben[3]) wiedergegebenen Quellenäußerungen erhärtet. Die Nutzanwendung auf die einzelnen Seiten dessen, was in iudicium venit, läßt sich hier nicht systematisch durchführen, sondern nur an einigen Beispielen vornehmen, als welche — wenn möglichst wesensverschiedene Klagindividuen gewählt werden sollen — aus mehrfachen Gründen[4]) die honorarische, persönliche actio redhibitoria und die zivile rei vindicatio besonders geeignet sein dürften.

b) Die durch einen bestimmten Zeitpunkt hervorgerufene scharfe Zäsur — dieses Essentiale des ganzen Prinzips —

---

[1]) Daß sie variiert, lehrt ein Blick auf die oben S. 33f. zitierten Stellen. Eine andere — jetzt nicht zu erledigende — Frage ist die, ob auch hier im letzten Grunde noch ein Prinzip aufzufinden sei, das wohl nur dahin gehen könnte: Die normale Stichzeit ist die Streitbefestigung; wird sie bei einer actio oder einem Interdikt weiter rückwärts erstreckt, so beruht das auf einem aus dem Deliktsursprung abzuleitenden Perpetuationsgedanken (vgl. etwa Pernice a. a. O. II 2, 22f., 80f.). Zu bejahen wäre diese Frage, wenn man mit Bekker, Aktionen II 140 N. 17 a. E. annähme, daß schon das Futurum „restituetur" die Einbeziehung aller der Streitbefestigung vorangehenden Vorgänge ausschließe. Allein das Futurum ist doch nur im Hinblick auf den terminus ad quem charakteristisch; an einen terminus a quo ist es nicht gebunden; ein „quanti ea res erit" ist in nichts beschränkter als ein „quanti ea res est", und nirgends begegnet eine Prozeßformel, die nach Art der Gesetze oder der Geschäftsformeln (vgl. das typische „dolum malum abesse afuturumque esse" oder D. 50, 16, 69) neben dem Futurum noch ein anderes Tempus aufwiese (Perfektum und Präsens sind natürlich mit einander vereinbar: vgl. die Formel der exceptio doli).

[2]) Natürlich haben nicht alle Differenzen diesen Ursprung: vgl. etwa wegen der Restitutionsfähigkeit von Servituten denselben Paulus einerseits in D. 5, 3, 19, 3, andererseits in D. 33, 2, 1 i. f.: s. oben S. 11 N. 5.

[3]) S. 33f.

[4]) Solche sind namentlich die Ergiebigkeit der Quellen und der Mangel an Rechtssätzen, die (wie etwa bei der hereditatis petitio: s. unten S. 58 N. 1) den aufgestellten Grundsatz kreuzen und die Anwendung daher komplizieren.

kann nicht präziser unterstrichen werden, als es in Ulp. D. 21, 1, 25, 8 geschieht:

Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt.[1])

Der kritische Moment ist die Litiskontestation. Vor ihr eingekommene Früchte oder vorgefallene Beschädigungen „ceteraque" wären wie im striktesten iudicium[2]) unbeachtet zu lassen, wenn ihrer nicht die proponierte Formel in aller Ausführlichkeit gedächte Im Hinblick auf spätere Veränderungen dagegen befindet sich der ganze zwecks Restituierung des homo wiederherzustellende Zustand (causa)[3]) „in iudicio": er ist dem Ermessen des Richters anheimgegeben. Ganz übereinstimmend unterscheidet Ulpian im Fall des Sklaventodes, indem er eine allgemeine Formulierung des Pedius wiedergibt (D. eod. 31, 13):

Sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur,

---

[1]) Die hierauf folgenden Sätze stammen trotz Lenel, Ed. 533 und Wlassak, ProzGes. II 38f. sicher nicht von Ulpian, vielleicht von einem Glossator, dem das klassische „in iudicio versatur" erklärungsbedürftig schien: vgl. die Beanstandungen von Eisele, ZSSt. 11, 23, H. Krüger, ebd. 26, 548, Seckel-Heumann, „valide", P. Krüger z. d. St., Beseler, Beiträge III 126f. Wenn aber der Letztgenannte den ganzen § 8 leichthin als „eitel theoretische Spielerei" verdächtigt, so entbehrt das jedes inneren und äußeren Grundes. Fehlte der § 8, so würde man ihn vermissen: er ist das einzige Stück aus Ulpians Kommentar, das auf die (von Lenel, Ed. 533 mit „ea omnia N° N° restituentur" wiedergegebene) zusammenfassende Klausel Bezug hat. Auch steht er (Lenel, Ulp. Nr. 1774) an genau der entsprechenden Stelle im Kommentar wie jene Klausel in der Formel: man vergleiche Lenels Formel mit Lenel, Pal. II 892 N. 1, 2 einerseits und mit D. eod. 25, 9 andererseits.

[2]) Sehr richtig Pernice a. a. O. II 2, 251.

[3]) Vgl. oben S. 32 N. 1.

tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant,

und dasselbe hören wir, wo es sich nicht um Pflichten, sondern um Rechte des Käufers handelt, in Paul. D. eod. 30, 1: nur die nach der Streitbefestigung gemachten Impensen kann er ohne weiteres erstattet verlangen, die vorher bewirkten sind in besonderer Klausel „nominatim comprehendendae".[1]) Kannte der Käufer den Mangel des Sklaven, so ist diese Tatsache ohne jeden Einfluß auf die zwischen der Rechtslage im Streitbefestigungsmoment und der Rechtslage im Restitutionsbefehlsmoment officio iudicis zu ziehende Gleichung. Erheblich ist sie nur für die Pronuntiation d. h. in dem Abschnitt des Judiziums, der strikten Charakter trägt; also bedarf es einer exceptio, die uns denn auch bezeugt ist.[2]) Hat der verkaufte servus vor der Litiskontestation gegen einen Dritten ein Delikt begangen, für das der Käufer hat einstehen müssen oder noch einzustehen hat, so fällt seine Schadloshaltung ohne allen Zweifel unter die in D. eod. 25, 9 überlieferten Formelworte.[3]) Nur aus deren entsprechender Anwendung[4]) erklärt es sich, daß der iudex auch ein gegen den Käufer selbst verübtes Delikt, gleichviel ob es vor oder nach iudicium acceptum begangen ist, zu berücksichtigen vermag. Noch Paulus weist dabei ganz deutlich auf jene Formelworte hin[5]); sie sind die Grundlage für das officium iudicis geblieben[6]), auch wenn

---

[1]) Vgl. auch Lenel, Ed. 534 N. 9. — Anders nur, wenn die Aufwendung „ex voluntate venditoris datur" (D. eod. 27); dies auf Grund der Klausel „quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit". Das allgemeiner redende D. eod. 29, 3 ist nicht in Ordnung (vgl. Beseler, Beitr. II 111).

[2]) D. eod. 48, 4; 51, 1.

[3]) Vgl. D. eod. 29, 1; s. auch eod. 21, 2; eod. 30 pr.

[4]) Die Gleichstellung beider Tatbestände beweist Ulp. D. eod. 23, 8 init.: „Quare sive emptori servus furtum fecerit sive alii cuilibet, ob quod furtum emptor aliquid praestiterit . . . ."

[5]) D. eod. 58 pr.; Sent. 2, 17, 11.

[6]) Das verkennt Pernice a. a. O. II 1, 289f., der eine allgemeine Annäherung an die bonae fidei iudicia annimmt.

man im Laufe der Zeit, wohl unter Julians Einfluß, dem Verkäufer ein „pro noxae deditione hominem relinquere" nachgelassen und so als Folge seiner Nichtrestitution nicht mehr notwendig eine Steigerung der Litisästimation, sondern unter Umständen das Versagen des sonst an den Käufer zu richtenden Restitutionsbefehls erhalten hat.[1])

c) Auch bei der rei vindicatio ist die Streitbefestigung der Angelpunkt[2]), der einen festen Anhalt für Früchte und Schadensersatz einerseits, Impensenerstattung andererseits ermöglicht. Alles das kommt kraft der Restitutionsklausel ohne weiteres in iudicium, soweit Frucht, Schaden und Aufwand post litem contestatam erwachsen ist. „Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt" schreibt Paulus über einen solchen Fall (D. 6, 1, 33) unter Berufung auf Trebatius und Pomponius und ohne zwischen der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers zu unterscheiden[3]); denn würde diese Haftung gemildert, so würde, wie derselbe Paulus (D. eod. 35, 1) nach Mauricianus für einen ähnlichen Fall trefflich bemerkt, formelwidrig „nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui (et quare habeat quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?)[4])". Die Einbeziehung des nach der Streitbefestigung entstandenen Schadens steht gleichfalls fest, und wenn zwischen den beiden Schulen Streit darüber geherrscht hat, ob nur casus minor oder sogar vis maior zum Schaden des Besitzers eintritt, so hat das mit

---

[1]) Afric. (Jul.) D. 47, 2, 62, 2; Ulp. (Jul.) D. 21, 1, 23, 8; Ulp. (Jul.) D. eod. 29, 3 (echter Kern: vgl. oben S. 54 N. 1); Ulp. (Jul.) D. eod. 31 pr. — Dem Sabinus war das anscheinend noch fremd: Ulp. D. 47, 2, 17, 2 i. f. — Zu der Sache selbst vgl. Haymann, Haftung des Verk. 34 ff., unzutreffend Beseler, Beitr. III 39.

[2]) Gai. D. 6, 1, 20 (oben S. 33).

[3]) Vgl. auch den knappen Tatbestand Labeos in Paul. D. 6, 1, 79 und zu dem Ganzen namentlich Pernice a. a. O. II 1, 348 ff., 351 N. 2; auch Girard, Man. 345 N. 2. Ob seit Julian in untergeordneten Punkten eine Nuancierung eingetreten sei, wie sie Pernice 351 (vgl. auch II 2, 21 N. 2 a. E.) zögernd zugestehen will, ist mir sehr zweifelhaft, aber hier nicht weiter zu erörtern.

[4]) statim = litis contestatae tempore. Der eingeklammerte Satz ist nicht falsch, aber vielleicht erklärendes Glossem: Beseler, Beiträge II 140.

der Weite des officium iudicis ebenso wenig etwas zu tun wie die in späterer Zeit wahrscheinlich gezogene Scheidung zwischen dem bonae fidei possessor und dem praedo.[1] Für die ipso iure-Berücksichtigung zwischenzeitlicher Impensen gibt es ein unmittelbares Zeugnis nicht, aber außer der Analogie der aedilizischen Klage dürfte der Beginn von Ulp. D. 6, 1, 27, 5 zu einem argumentum ex contrario zu verwenden sein. — Diametral entgegengesetzt sieht es aus, wenn die genannten drei Umstände im Moment der litis contestatio bereits eingetreten waren. Daß hier der bonae fidei possessor unbeschränkt fructus suos facit, ist heute wohl nicht mehr bestritten.[2] Aber auch gegenüber dem Bösgläubigen werden diese Früchte niemals in die causa rei einbegriffen; sind sie verbraucht, so ist nur durch Kondiktionen zu helfen; sind sie noch vorhanden, so werden sie zu Hauptsachen, die selbständiger Vindikation unterliegen[3]; für fructus percipiendi wird überhaupt nicht gehaftet.[4] Den grundsätzlichen Gegensatz[5] bestätigt in aller Schärfe noch der Spätklassiker Paulus D. 22, 1, 10: „Partum post litem contestatam editum restituere possessor debet: quem non deberet restituere, si, cum mater peteretur, iam natus fuisset."[6] — Hat die vindizierte Sache vor der Streitbefestigung beim Beklagten Schaden gestiftet, so entscheidet Ulpian im Einklang mit Alfenus und Labeo (D. 39, 2, 9, 2): „arbitrio (= officio) iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri." Gleiches gilt aber auch, wenn die vindizierte Sache selbst zerstört oder beschädigt ist: nur für persönliche Aktionen oder Interdikte ist hier (im Falle des Verschuldens)

---

[1]) Vgl. im allgemeinen Pernice a. a. O. II 2, 79f., 84f. und namentlich Schulz, ZSSt. 32, 83ff.; zu weit geht in der Beanstandung von D. 5, 3, 40 pr. Beseler a. a. O. I 63 und gar II 138.

[2]) Pernice a. a. O. II 1, 353f., 356ff., Girard, Man. 323ff., 345f.

[3]) Pernice a. a. O. II 1, 354ff., Girard, Man. 346 N. 1.

[4]) Pernice a. a. O. II 1, 365f., Girard, Man. 346 N. 1.

[5]) Es ist ganz derselbe, der mit Bezug auf die formula hypothecaria dem echten Kern von Marcian D. 20, 1, 16, 4 (dazu oben S. 10 N. 3) zugrunde liegt: vgl. auch Beseler, Beiträge I 66.

[6]) Zur Unechtheit des Folgenden Lenel, Paul. Nr. 1286, Pernice a. a. O. II 1, 355 N. 6, P. Krüger z. d. St.

Raum. Was den völligen Untergang betrifft, muß dies anerkannt werden[1]), zumal nachdem nunmehr die Nichtlegitimation des beklagten böslichen Entsitzers als erwiesen gelten kann. Der Schluß von hier auf die bloße Sachschädigung[2]) ist aber m. E. unausbleiblich.[3]) Echte Quellenzeugnisse stehen dem nicht entgegen[4]), insbesondere dürfte an der Verstümmelung des von Pernice[5]) herangezogenen Anfangs von Ulp. D. 6, 1, 13 nicht zu zweifeln sein.[6]) Vielleicht darf man sich sogar positiv auf Ulp. D. 10, 4, 17 berufen.[7]) — Endlich kommen die vorprozeßlichen

---

[1]) Vgl. auch Pernice a. a. O. II 2, 80ff.

[2]) Von ihr handelt prinzipiell und mit willkommener Präzision das hinsichtlich der ja gleichfalls restitutorischen actio aquae pluviae arcendae überlieferte Ulp. D. 39, 3, 6, 6.

[3]) Brinz, Pand. 2 Aufl. I 662 N. 13, Girard, Man. 345 N. 3.

[4]) S. namentlich Girard a. a. O.

[5]) A. a. O. II 2, 84 N. 1.

[6]) Der Infinitiv „rem restitui" schwebt in der Luft. Auch ist das ganze Stück bis „debebit" offenbar eine nur des Überganges wegen aufgenommene Verallgemeinerung dessen, was Ulpian im folgenden („finge . . . . factus") sagt; die hilflose Unselbständigkeit des Ausdrucks beweist das. Deshalb braucht man nichts zu unterstellen, sondern darf getrost behaupten, daß der Klassiker im Tatbestand die der Verletzung vorausgegangene Streitbefestigung ausdrücklich erwähnt habe.

[7]) Die weitschweifige und substantivreiche Begründung „exhibuit enim et nihil impedit directam actionem talis exhibitio" ist trotz Beseler, Beitr. I 11, II 131f. und Lenel, Grünhuts Ztschr. 37, 523 als interpoliert zu erachten. Als „actio directa" (Seckel-Heumann „directus" c) wird die Hauptklage gegenüber der actio ad exhibendum anscheinend nur noch in dem interpolierten (s. oben S. 10 N. 5) D. eod. 3, 13 bezeichnet. Wäre der Satz inhaltlich richtig, so wären die widersprechenden (s. auch Pernice a. a. O. II 2, 84 N. 2) Äußerungen desselben Ulpian in D. eod. 9, 3 und der hier sicher klassischen (s. oben S. 33 N. 1) Inst. 4, 17, 3 init. gar nicht zu verstehen. Bekennt man sich dagegen zu der vorgeschlagenen Tilgung, so verweist das Fragment „de hoc damno" lediglich noch auf die actio legis Aquiliae; es schließt also die Berücksichtigung des Schadens im Vindikationsprozeß aus. Ähnlich der Schluß des freilich zusammengestrichenen C. 3, 42, 7 (Diocl. et Maxim. a. 286). — Die Absolution auf die Exhibitionsklage selbst wird begreiflich, wenn — was sehr wahrscheinlich — der klassische Tatbestand die Verletzung des Sklaven vor den Zeitpunkt der litis contestatio verlegt hat. Dann ist der Anschluß an D. eod. 9, 5 und Inst. 4, 17, 3 glatt gewonnen. Auch D. eod. 9, 3 i. f. und D. 9, 2, 41, 1 i. V. m. D. 47, 2, 29, die (ebenso wie beim interd. de tabulis exhibendis

Impensen dem Besitzer nicht ohne weiteres zugute: die exceptio doli muß einspringen; die wenigen entgegenstehenden Texte sind interpoliert.[1])

d) Der Richter hat die Restitution bei Erlaß seines Befehls abschließend zu ordnen, da eine Korrektur regelmäßig nicht mehr möglich ist. Deshalb hat er sich nicht auf die Verhältnisse zu beschränken, die sich in jenem Zeitpunkt schon endgültig beurteilen lassen, sondern Vorsorge zu treffen, daß die von ihm als die richtige ermittelte causa nicht nachträglich verschoben werde: weder zu Ungunsten des Restitutionsberechtigten noch zu seinen Gunsten. So verstehen sich die Kautionen[2]), Remissionen[3]), Zessionen[4]) usw.[5]), die der iudex bald dem einen, bald dem anderen Teil auferlegt. Kommt der Beklagte einer derartigen Anordnung nicht nach, so hat er eben nicht das getan, was zur Restitution erforderlich ist, und es ist somit seine Verurteilung aus der Formel unmittelbar abzulesen. Zeigt sich der Kläger widersetzlich, so ist die zu erwartende Rechtsfolge, die Absolution, lediglich[6]) bei der besonders ausgestalteten redhibitorischen Klage unmittelbar eine Wirkung der Formelworte; bei der Vindikation und allen andern Aktionen

---

D. 9, 2, 42) den Gedanken der böslichen Entsitzung heranziehen (vgl. Pernice a. a. O. II 2, 213), ordnen sich dann gut ein. — Ordinarverfahren steht jedenfalls in Frage: Pernice, ZSSt. 14, 168f.

[1]) So Seckel-Heumann, „exceptio" 3 B a cc β (S. 183), Beseler, Beitr. II 18f., Betti, Sulla opposizione della exceptio all' actio (1913) 18f. gegenüber Pernice, Labeo II 1, 235 N. 2, 289ff., Girard, Man. 343 N. 4. — Ob es in dieser Hinsicht mit der hereditatis petitio anders (Seckel) oder ebenso (Beseler und zögernd Betti) steht, ist hier nicht auszumachen. Angedeutet sei nur das eine, daß die Erbschaftsklage trotz der auf den Zeitpunkt der litis contestatio weisenden Grundregel von D. 5, 3, 40 pr. durch das SC. Iuventianum und durch das Surrogationsprinzip (D. eod. 20 pr. ff.; eod. 36, 5; vgl. z. B. Pernice a. a. O. II 1, 355f.) ein so besonderes Aussehen erhalten hat, daß jede Schlußfolgerung von ihr auf eine Einzelklage und umgekehrt der sorgfältigsten Nachprüfung bedarf.

[2]) Zur actio redhibitoria vgl. etwa D. 21, 1, 21 §§ 2, 3; eod. 22; eod. 30 pr. (dazu Lenel, ZSSt. 24, 331); s. auch D. eod. 26. Zur rei vindicatio etwa D. 6, 1, 57; eod. 58; 44, 4, 4, 7; s. auch D. 6, 1, 69.

[3]) z. B. D. 6, 1, 13; 47, 2, 9, 1. [4]) z. B. D. 6, 1, 21; eod. 63.

[5]) Vgl. Bekker, Aktionen II 170f. [6]) Vgl. Lenel, Ed. 533.

wendet sich das „nisi (neque) ea res A° A° restituetur“ einseitig gegen den Beklagten. Seine Freisprechung trotz positiver Pronuntiation und Nichtrestitution ist formell so zu erklären, daß der Richter in derlei Fällen das Interesse des Klägers an der (durch ihn selbst vereitelten) Restitution „so niedrig wie möglich“ bemißt[1]) oder es — was auf dasselbe hinausläuft[2]) — gänzlich verneint. Innerlich liegt darin eine Konsequenz aus dem Wesen der Restitution, die bei dem Mangel eines direkten Zwanges ohne die im Falle des Widerstandes beiden Parteien drohenden ungünstigen Endentscheidungen gar nicht durchzuführen gewesen wäre. Auch im übrigen hat ja die aus dem Erfordernis der nachträglichen Prognose sich ergebende Bewegungsfreiheit des Judex über die Fragen des Wieviels der Restitution hinausgegriffen: sie zog die Bestimmung der Art und Weise des Restituierens[3]), bisweilen auch die Beurteilung der Passivlegitimation[4]) in ihren Bereich.[5]) Aber das darf an dem Gesagten nicht irremachen.[6]) Überall handelt es sich hier um teils notwendige, teils naheliegende Entwicklungsstufen, die sich mit dem gekennzeichneten

---

[1]) Pernice a. a. O. II 1, 289. [2]) Lenel, Beitr. 109.

[3]) Z. B. die Gestattung der noxae deditio (Lenel, Ed. 465 N. 3 und oben S. 55 N. 1) oder das Verlangen einer restitutio in solidum seitens eines schuldigen Teilerben (D. 21, 1, 31, 9); auch die eben erwähnten Kautionen usw. gehören mit hierher.

[4]) So die des Vaters de peculio et de in rem verso in Ulp. D. 38, 5, 1, 22 (dazu Levy, Privatstrafe 77) oder die des materiellen Zuwendungsempfängers im Fragm. de form. Fabiana § 1 (dazu Levy a. a. O. 79 N. 5 a. E.).

[5]) Unübersteigbar war dem officium iudicis nur die Grenze gegen das Gebiet der intentio (vgl. oben S. 51 N. 1). Deshalb ist es m. E. sehr wenig wahrscheinlich, daß, wie Lenel, Ed. 174 meint, der Judex hätte pronuntiieren können: hereditatem ex iure Quiritium A^i A^i esse, obwohl N^{us} N^{us} die hereditas usukapiert hatte. Das Senatuskonsult Hadrians (Gai. II 57) hob diese usucapio nicht zivilrechtlich auf, sondern verstattete nur dem Entsitzer die hereditatis petitio rescissa usucapione (Girard, Man. 880 N. 1, Kniep, Gai. instit. comment. secund. 200); es gewährte also einen neuen Grund zur in integrum restitutio. Daß die Kompilation das SC. nicht erwähnt, kann bei ihrer Stellung zur usucapio pro herede nicht wundernehmen. — Vgl. auch die scharfe Grenzziehung in Gai. D. 5, 3, 10, 1.

[6]) Vgl. die ähnliche Warnung Lenels, Beitr. 84 N. 24.

Ursprung und Ausgangspunkt des Restitutionsbegriffs, wie er theoretisch noch von den Spätklassikern festgehalten worden ist, nach keiner Richtung hin in Widerspruch setzen.

2. Wie man sich aber auch den Umfang des officium iudicis bei den restitutorischen Aktionen vorstellen mag: so viel dürfte dargetan sein, daß der Restitutionsbegriff allein dieselbe Aufgabe zu bewältigen vermag, zu deren Erledigung man die angebliche Klausel „arbitrio tuo" zu benötigen glaubt. Die Quellen — und auf sie kommt es an — enthalten hier wohl keine Ausstrahlung des richterlichen Offiziums, die sich nicht unmittelbar oder mittelbar auf das restitutorische Element zurückführen ließe. Dagegen ziehen sie umgekehrt die Grenzen für die Ausübung des freien Ermessens in mancher Hinsicht enger, in mancher Hinsicht weiter, als es sich, wie mir scheint, mit der behaupteten Arbiträrklausel vertrüge.

Hätte der Geschworene wirklich die Restitution schlechthin nach seinem Gutdünken zu ordnen gehabt — ebenso etwa wie er in den bonae fidei iudiciis über die intentio durchaus nach Treu und Glauben zu entscheiden hatte —, so hätte er Früchte, Schadensersatz und Impensen ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt zusprechen können, in dem sie geschuldet zu werden begannen. Dieser Zeitpunkt wäre um nichts bedeutsamer gewesen als bei den bonae fidei-Klagen. Vollends hätte das arbitrium, das doch nur als pflichtgemäßes Ermessen verstanden werden kann, imstande sein müssen, einem pactum conventum Rechnung zu tragen oder wenigstens auf einen dolus malus zu reagieren. In Wahrheit sehen wir das entgegengesetzte Bild. Der Kreis der in den Restitutionsbefehl fallenden Gegenstände wird durch eine scharfe Linie durchschnitten, jenseits derer das officium iudicis ohnmächtig ist und deshalb der verschiedensten Exzeptionen, namentlich auch der exceptio doli bedarf: insoweit kann also von einem „arbitrio iudicis restituere" korrekterweise doch wohl nicht die Rede sein.

Andererseits gehört das vermeintliche „arbitrio tuo" zu „restituetur". Es könnte somit, wenn man mit der Formel Ernst machen will, seine Wirksamkeit nur im Hinblick auf den Restitutionsbefehl entfalten. Im übrigen würde das

iudicium durchgängig einen strikten Charakter tragen: nicht nur bis zur Pronuntiation, sondern auch vom Erlaß des Restitutionsbefehls bis zur Sentenz. In der Tat ist dies von manchen, so von Faber[1]) behauptet worden. Aber der Überlieferung hält es nicht stand. Wenig freilich mag es verschlagen, daß als von einer Kaution usw. des Klägers abhängig bisweilen[2]) nicht die Anordnung der Restitution, sondern die Litisästimation oder die Kondemnation erscheint. Denn hier handelt es sich um Fälle, in denen eine Naturalrestitution nicht möglich ist und die restitutio deshalb ebenso pecuniaria wäre, wie die condemnatio es ist; daß hier die Juristen nicht immer unterscheiden, kann man, wofern keine pönalen oder infamierenden Aktionen in Frage stehen[3]), begreifen. Ernster zu nehmen ist es, wenn dem richterlichen Ermessen auch die Passivlegitimation überlassen wird[4]), deren Beurteilung bei Ablehnung der Restitution in der Sentenz gleichfalls zum Ausdruck kommt. Den Ausschlag gibt jedoch eine Einrichtung, die gerade bei unseren Klagen dem Litisästimationsverfahren eigentümlich ist: das iusiurandum in litem ist ohne Freiheit des richterlichen Befindens so wenig zu denken wie vor dem Restitutionsbefehl die nachträgliche Prognose. Auch hier reden die Quellen eine deutliche Sprache.

a) Wenn Faber (a. a. O.) den Judex, der die Restitution vergebens geboten hat, unweigerlich für verpflichtet hält[5]), das iusiurandum des Klägers zuzulassen und es hernach seiner Schätzung zugrunde zu legen, so ist davon nur das letztere richtig. Nach geleistetem Eid darf der Geschworene den Beklagten allerdings nicht „vel absolvere vel minoris condemnare“. Die das Gegenteil lehrenden beiden Stellen sind schwerlich echt[6]): Marcian. D. 12, 3, 5, 2

---

[1]) Conj. 16, 17, 11 ff. [2]) z. B. D. 5, 3, 36, 2; 6, 1, 13.

[3]) Vgl. Levy, Privatstrafe 87 N. 2. [4]) S. oben S. 59 N. 4.

[5]) Hierzu zieht Faber a. a. O. 14 ff. die Worte „ex necessitate iuris“ in D. 12, 3, 11; aber mit Unrecht: vgl. Hefke, Taxatio 101 N. 210 mit Zitt. — Gegenüber der von Bertolini, Proc. civ. II 157, 162 anscheinend beabsichtigten Auslegung jener Worte s. Marchi, Studi Scialoja I 165 ff., zu denen B. 162 N. 2 nicht Stellung nimmt.

[6]) Anders z. B. Pernice, ZSSt. 5, 41 N. 7 (vgl. auch Labeo II 1, 289), Girard, Man. 646 N. 2 (der Meinungsverschiedenheiten der

ist wahrscheinlich durch Tilgung der Verneinung oder auf andere Weise ins Gegenteil verkehrt, in Ulp. D. eod. 4, 3 scheint das „non" durch die vorsichtigere, aber an sich sehr verdächtige[1]) Phrase „ex magna causa et postea repertis probationibus" verdrängt zu sein. Die beiden Fragmente widersprechen nicht nur sich selbst, sondern all den zahlreichen Stellen, nach denen die Litisästimation der beschworenen Summe zu entsprechen hat[2]), insonderheit den Äußerungen, in denen derselbe Ulpian die dem Eid angepaßte Ästimation in Gegensatz bringt zur „aestimatio ex eo quod interest" (D. 5, 1, 64 pr.)[3]), zur aestimatio „officio iudicis" (D. 43, 24, 15, 9), ja sogar schlechthin zur „aestimatio a iudice facienda" (D. 12, 3, 4, 4).[4]) Noch der Kaiser Zeno verordnet C. 8, 4, 9 (a. 477), daß „quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratum, iudicem condemnare oportet".[5]) Sachlich hätte die Absolution eine nicht zu rechtfertigende[6]) Verleugnung des Restitutionsbefehls bedeutet. Die Möglichkeit eines nachträglichen minoris

---

Klassiker annimmt), Perozzi, Istit. II 70, Bertolini a. a. O. II 157 (s. aber auch 161 N. 2 a. E.). Das Ulpianfragment beanstanden P. Krüger z. d. St., Peters, Oström. Dig.-Kommentare 95f., Lenel, ZSSt. 34, 380f. und wohl auch Beseler, Beitr. II 10 in vollem Umfang. Wegen Solazzi s. unten S. 62 N. 2.

[1]) Vgl. Solazzi, Arch. giur. 65 (1900) 147, 150.

[2]) Eine teilweise Übersicht über diese Stellen gibt Solazzi a. a. O. 147ff. Wenn er (mit einer Einschränkung: s. oben N. 1) trotzdem beide Fragmente für echt hält und nur ihre Tragweite für das klassische Recht auf die bonae fidei iudicia einschränkt, so wird das durch die derartige iudicia betreffenden Fragmente D. 5, 1, 64 pr. (depos.), D. 19, 2, 48, 1 (loc.) und D. 24, 3, 25, 1 (rei uxor.), vor allem aber durch D. 12, 3, 8 („non est aequum"!), D. 26, 7, 7 pr., C. 5, 53, 2, 1 widerlegt, welch letztere sich auf dieselbe actio tutelae beziehen wie D. 12, 3, 4, 3. Daß Marcian in seinen „Regeln" nur von einer bestimmten Aktionengattung spräche, ist durchaus unwahrscheinlich, auch wenn man in D. eod. 5 pr. „et in bonae fidei iudiciis" für echt halten wollte (hierzu unten S. 68 N. 2).

[3]) Vgl. auch Ulp. D. 6, 1, 68 (s. unten S. 69f.) sowie Marcell. D. 12, 3, 8, Paul. D. 6, 1, 71.

[4]) Ganz ebenso Marcian in D. 12, 3, 5, 3 i. f. — S. auch C. 5, 53, 2, 1; a. 212 („iudex de veritate cognoscet").

[5]) Anders aber Justinian in C. 3, 1, 15 (a. 531), worauf Solazzi a. a. O. 150 N. 1 zutreffend verweist.

[6]) Vgl. auch Bertolini a. a. O. II 161 N. 2 a. E.

condemnare war eher diskutabel[1]); aber im Ergebnis konnte auch für sie kein Bedürfnis bestehen bei einem Geschworenen, der vor der Eidesleistung die Macht hatte, eine übertriebene Eidesschätzung durch taxatio zu verhindern.

Weigert nämlich der Beklagte die ihm anbefohlene Restitution, so kann der Kläger keineswegs ohne weiteres einen wirksamen Schätzungseid leisten; vielmehr „deferre iusiurandum iudicem oportet" (D. 12, 3, 4, 1). Diese Delation wäre nicht notwendig, wenn sie nicht eine erneute richterliche Erwägung voraussetzte, die an sich ebenso gut gegen wie für die Eideszulassung ausfallen konnte. In der Tat mußte ja schon die Prüfung der grundlegenden Erfordernisse des dolus und namentlich der contumacia oft bedeutendere, nur aus selbständigem Ermessen heraus zu lösende Schwierigkeiten hervorrufen. Aber auch sonst gab es allerhand zu berücksichtigen. So hatte die Delation zu unterbleiben, wenn Geld zu restituieren war[2]) oder wenn ein Pupill aus dem Dolus des Tutors belangt wurde.[3]) Die Formel ließ den Judex hier allenthalben im Stich; nur die rechte Auffassung seines Offiziums konnte ihn leiten: „in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat" (D. 12, 3, 4, 2).[4])

---

[1]) Deshalb könnte Ulpian (D. 12, 3, 4, 3) allenfalls geschrieben haben: „Item videndum, an possit iudex, qui detulit iusiurandum, minoris condemnare quam iuratum est: et magis est, ut ⟨non⟩ possit" (folgt Begründung). Das „non sequi id" ist überflüssig und paßt schlecht zu „possit"; „prorsus" und „etiam" tragen unnötig auf, „etiam" ist ganz blaß oder geradezu falsch verwendet. Man vergleiche die einfache Diktion in D. eod. 5, 2.

[2]) „cum certa sit nummorum aestimatio". Die condemnatio pecuniaria war hier kein Mißstand, der durch den Schätzungseid auszugleichen gewesen wäre. Daß eine solche aestimatio sich an Nebenforderungen, die etwa in iudicium veniebant, gleichfalls zu betätigen hatte, darin lag nicht irgend eine Besonderheit. Aus diesem sachlichen Grunde wird der auch sonst reichlich anstößige Schluß von Ulp. D. 12, 3, 3, (nisi forte . . . .) erneut verdächtig. Vgl. Faber, Conj. 16, 13, 20, P. Krüger, Addenda zur 12. Aufl. der Digesten, Biondi, Dottrina 49f., Bull. 26, 37, Arangio-Ruiz, Bull. 25, 183 N. 1.

[3]) Pomp. D. 26, 9, 1 (aber noch damals zweifelhaft: „sed non puto").

[4]) Diese Worte mit Faber a. a. O. und P. Krüger z. d. St. zu verdächtigen, besteht nicht der mindeste Anlaß: vgl. insoweit auch

Ist dem Richter die gänzliche Weigerung des Eides gestattet[1]), so vollends dessen bloße Beschränkung durch Anordnung einer Höchstgrenze.[2]) Diese logische Deduktion bringen einhellig Ulpian und Marcian. Des letzteren Worte (D. 12, 3, 5, 1): „Sed iudex potest praefinire certam summam, usque ad quam iuretur: licuit enim ei a primo nec deferre" machen einen vorzüglichen Eindruck, der durch das an Gai. IV 51 erinnernde „praefinire" noch gesteigert wird. Als Gegensatz erscheint „infinitus" wie bei Gaius auch bei Ulp. D. eod. 4, 2 init. Dieses Fragment ist allerdings nicht heil geblieben.[3]) Zu tilgen ist zunächst das Stück „an iudex . . . . et quidem", das in unbeholfener Breite dieselbe Frage vorwegnimmt, die später viel präziser nochmals[4]) gestellt wird, und auch sonst manchen Anstoß gibt.[5]) Desgleichen die Antwort „arbitrio . . . . congruit", die mit ihrem bonae fidei iudex allein steht[6]) und das in diesem Sinne sehr häufig verdächtige „congruere" aufweist[7]),

---

Solazzi a. a. O. 150f. An der folgenden Fassung des § 2 wäre m. E. nichts zu beanstanden: „Iurare autem in infinitum licet. sed in arbitrio esse iudicis deferre iusiurandum nec ne constat: an ⟨autem⟩ qui possit iusiurandum non deferre, idem possit et taxationem iuriiurando adicere, quaeritur". Vgl. die Ausführungen des Textes.

[1]) S. auch Pernice, ZSSt. 5, 41. [2]) Vgl. auch Lenel, Ed. 318.

[3]) Vgl. oben S. 63 N. 4. [4]) Daher das wiederaufnehmende „igitur".

[5]) a) Im klassischen Recht kann „statuere" nur das Gesetz, der Kaiser, der Senat, der Magistrat, der private Schiedsrichter, aber wohl nicht der Geschworene des ordentlichen Verfahrens. (Das genauere Ergebnis meiner Durchsicht des Berliner Index hoffe ich gelegentlich veröffentlichen zu können.) b) Die beiden aneinandergeschlossenen und doch unverbundenen Finalsätze, deren jeder mit „iuretur" endigt, sind unerträglich. c) Wegen „quantitas" vgl. mein Konkurrenzrecht § 107. d) „adripere" in übertragenem Sinne begegnet zwar bei Justinian (C. 1, 51, 14 pr., App. const. disp. 3), aber sonst nicht im Gebiet des VIR. I 260. e) „in infinitum iurare licet" und doch „ne in immensum iuretur"! Den Gegensatz zu erklären, ist „arrepta occasione" unzureichend.

[6]) VIR I 598, 43; vgl. auch Faber a. a. O., während Solazzi a. a. O. 151 durch Konjektur zu bessern sucht.

[7]) Vgl. die wahrscheinlichen Verfälschungen in Ulp. D. 3, 1, 1, 5 [et ratio . . . . immisceant] und Ulp. D. 17, 1, 10, 3 [sive ei . . . sentiat]. (Über ähnliche Embleme Levy, Privatstrafe 112 N. 7.) Wegen Ulp. D. 17, 1, 29, 4 s. Beseler, Beitr. I 49 (vgl. auch Gradenwitz,

endlich auch über die in der Frage unterstrichene Abstufung (non deferre . . . . taxationem adicere) hinwegsieht.[1]) Aus welchem Grunde die Byzantiner Ulpians Entscheidung gestrichen haben, ist schwer zu sagen; vielleicht haben sie sie nur gekürzt, weil sie auf die ex professo hier besprochene actio tutelae näher einging; die Verallgemeinerung eines so vorgefundenen Arguments aus der fides bona stände den Neigungen Tribonians wohl an. Keinesfalls kann die Beschränkung der taxatio auf die bonae fidei iudicia dem Klassiker zugehören, wie Solazzi[2]) meint; das würde dem allgemeinen fr. 5 § 1 und der auch von Ulpian akzeptierten Schlußfolgerung aus der generellen[3]) Delationsbefugnis des iudex widerstreiten. Die Zulässigkeit einer taxatio mußte bei allen dem Eid zugänglichen Judizien in gleichem Maße erwünscht sein. Gerade wenn man den einmal geleisteten Eid als für die Ästimation bindend erachtete und weiter berücksichtigte, daß ein falscher Eid nicht immer strafbar[4]) und noch seltener erweislich[5]) war[6]), konnte man nicht jedem Kläger einen Eid „ins Unendliche" zugestehen. Dem entgegenzutreten war aber die richterliche taxatio das einzige Mittel; denn der Restitutionsbefehl bot zu solcher Maßnahme noch keine Gelegenheit.

Demgegenüber darf man nicht auf die Interpolationen

Interpol. 33ff., VIR. I 917, 25), wegen Ulp. D. 19, 1, 11, 1 s. Beseler a. a. O. I 83, II 70, wegen D. 36, 1, 23, 4 Seckel-Heumann, „eversio". — Zu „congruus" Beseler a. a. O. I 52f.

[1]) Man vergleiche ferner „quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat" in D. 13, 6, 3, 3. Zu dieser Interpol.: Eisele, ZSSt. 13, 124f., 139, Segrè, Studi Fadda VI 336 N. 2, P. Krüger z. d. St.

[2]) A. a. O. 150ff. (entsprechend dem oben S. 62 N. 2 gekennzeichneten Standpunkt).

[3]) Vgl. insbes. D. 26, 9, 1 (oben S. 63 N. 3), das jede beliebige Klage gegen den „pupillus possessor" trifft. — Es ist wohl auch kein Zufall, daß die meisten Fragmente (s. die Übersicht Solazzis) korrekterweise kein „iusiurandum deferendum est" oder „iurandum est" enthalten, sondern vom „damnari" oder „aestimari tanti, quanti in litem iuraverit" reden.

[4]) S. Mommsen, Strafrecht 586, 681 N. 2, Wenger, ZSSt. 23, 267ff.

[5]) D. 12, 3, 11.

[6]) Dies insbes. gegen Faber a. a. O. 16, 17, 13.

in D. 4, 3, 18 pr.[1]) und D. 10, 4, 3, 2[2]) verweisen, um den byzantinischen Ursprung der taxatio darzutun. Denn was hier in Übereinstimmung mit den von Solazzi[3]) angeführten justinianischen Quellen ausgesprochen wird, ist nicht Taxationsbefugnis, sondern Taxationspflicht. Diese allein und damit das Verbot unbeschränkten Eides ist unklassisch. — Ebenso wenig steht auf der anderen Seite das an sich echte „sine ulla taxatione (in infinitum?)[4])" in D. 6, 1, 68 entgegen: keineswegs, wenn man mit Rudorff[5]) „formulae" ergänzt; aber auch sonst nicht, weil das Fragment einen taxationslosen Eid nur voraussetzt, nicht gebietet: die Schrankenlosigkeit des Eides soll bloß den Gegensatz zwischen der gewöhnlichen und der eidlichen Ästimation noch unterstreichen. — Von selbst versteht es sich übrigens, daß die taxierte Summe mit dem in D. 6, 1, 70 verpönten „iustum pretium" nicht zusammenzufallen braucht und grundsätzlich auch nicht identisch gewesen sein wird; denn „ex contumacia aestimatur ultra rei pretium" (D. 12, 3, 1), und das zu beachten, war eben Sache des officium iudicis.

b) Das sonach bei der Zulassung des iusiurandum in litem sich betätigende Ermessen des Geschworenen gehört — formular ausgedrückt — in den Bereich des „quanti ea res erit" und kann deshalb, wie bemerkt[6]), auf ein „arbitrio tuo" keinesfalls zurückgeführt werden. Die natürliche Basis bildet auch hier das restitutorische Element, das der einzelnen actio innerlich eignet und deshalb den von der condemnatio ressortierenden Verfahrensabschnitt auch nach Erlaß des Restitutionsbefehls beherrschen muß. Beides

---

[1]) [sed officio .... refrenari]: Faber a. a. O. 16, 18, 13ff., Solazzi a. a. O. 152, Seckel-Heumann „refrenare".

[2]) [ei .... taxante]: Faber (vgl. de Medio, Bull. 13, 224), Solazzi a. a. O. 152, Marchi, Studi Scialoja I 170 N. 1, Beseler, Beitr. I 34, 54.

[3]) A. a. O. 153.

[4]) Die beiden letzten Worte sagen sachlich nichts Neues; aber sie mögen wohl Glossem sein: vgl. Siber, Passivlegit. 167 N. 1.

[5]) Röm. Rechtsgesch. II 259 N. 35; vgl. auch Lenel, Ed. 149 N. 3 Anf.

[6]) Oben S. 60f.

bestätigen die Quellen. Während das angebliche „arbitrio tuo" der Restitutionsklausel nur ein einziges Mal — in dem anerkannt[1]) interpolierten Schlußsatz von Ulp. D. 6, 1, 68 — zu dem Schätzungseid in Beziehung tritt, ist für ihn der Restitutionsbegriff grundlegend. Es gibt keine Erscheinung im klassischen Prozeß, die mit solchem Recht als Schöpfung und unmittelbare Folge des Restitutionsbegriffs zu bezeichnen wäre wie das iusiurandum in litem. Unter dessen Zeichen finden sich nicht nur die mit einer Restitutionsklausel ausgestatteten, sondern alle Aktionen zusammen, mit denen prinzipiell oder im einzelnen Falle[2]) ein restitutorisches Ziel[3]) verfolgt wird; gleichviel ob sie zivil oder honorarisch, in rem[4]) oder in personam, in ius oder in factum konzipiert sind.[5]) Umgekehrt bleiben vom

---

[1]) Nur einige Belege aus verschiedenen Lagern: Faber, Conj. passim, besonders 16, 17 i. f.; Eisele, Kompensation 203 N. 37, 354 N. 106; Samter, Nichtförml. Gerichtsverfahren 152. — A. M. mit unzureichenden Gründen Kniep, Besitz 382f.

[2]) Zum letzteren oben S. 46f.

[3]) „Ziel" in demselben untechnischen Sinne (vgl. Levy, Privatstrafe 73f.), in dem die klassischen Quellen etwa vom Zwang zur Naturalrestitution sprechen.

[4]) Die dinglichen Aktionen sind, wie sie alle die Restitutionsklausel haben (vgl. Lenel, Ed. 172 in Verb. mit oben S. 11 N. 5), auch sämtlich dem Eide zugänglich: so allgemein D. 12, 3, 2 (von Biondi, Studi 198 N. 3 im ganzen, aber mit Unrecht verdächtigt) in Verb. mit D. 6, 1, 71 ([possessor . . . . vero] itp.: m. Konkurrenzrecht § 159) sowie D. 12, 3, 5 pr. — Einzelanwendung für actio in rem: D. 6, 1, 46; 46, 1, 73; rei vindicatio: D. 35, 2, 60, 1; 47, 2, 9, 1 i. f.; hereditatis petitio: 5, 3, 20, 21; eod. 25, 10; Servitutenklagen: D. 8, 5, 7. — Interpoliert sind in dieser Hinsicht D. 6, 1, 68 (unten S. 69 N. 4) und D. 20, 1, 16, 3 i. f. (unten S. 69 N. 3), aber wohl auch D. 42, 1, 41, 1 (in größerem Umfang, als Lenel, Pal. I 1212 N. 3, 4 vermutet).

[5]) Außer der actio ad exhibendum (D. 10, 4, 3, 2 [s. oben S. 66 N. 2], eod. 5, 2; D. 12, 3, 2 in Verb. mit D. 6, 1, 71; 12, 3, 5 pr.; eod. 6 in Verb. mit D. 50, 16, 37 [dazu Marchi, Studi Scialoja I 170 N. 1]; D. 12, 3, 10; 49, 1, 28, 1) und den restitutorischen und exhibitorischen Interdikten (D. 43, 24, 15, 9 [dazu Lenel, Ed. 465 N. 1], C. 8, 4, 9) begegnen die actiones negotiorum gestorum (C. 5, 53, 3), depositi (D. 5, 1, 64 pr. [echt: de Ruggiero, Bull. 19, 21]; D. 16, 3, 1, 26 in Verb. mit D. 12, 3, 3 [dazu oben S. 63 N. 2]; s. ferner unten S. 68 N. 2), locati (D. 19, 2, 48, 1), rei uxoriae (D. 24, 3, 25, 1; dazu unten S. 68 N. 3), tutelae (D. 12, 3, 4 [Ulp. 36 ed.]; eod. 8; 26, 7, 7 pr.; 27, 7, 4 pr.; C. 5, 53, 1. 2.

Eide jene Aktionen ausgeschlossen, die allgemein[1]) oder im einzelnen Falle[2]) einer Restitution nicht zu dienen bestimmt sind. Und das ist kein Zufall. Denn nur die Aktionen der ersteren Reihe, aber diese sämtlich werden von der Unzuträglichkeit der ausnahmslosen condemnatio pecuniaria betroffen, der wenigstens mittelbar entgegenzuwirken der Schätzungseid des Klägers ausgesprochenermaßen bezweckt, „ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare“ (D. 6, 1, 70) oder weil „non enim aequum est invitum suo pretio res suas vendere“ (D. 25, 2, 9).[3]) Die klassische Verwendung des Eides im einzelnen stellt diese Grenzziehung außer Zweifel, aber auch der allgemeine Grundsatz hat sich bei Ulpian erhalten. Denn

4. 5), commodati (D. 5, 1, 64 pr.; 13, 6, 3, 2 [s. oben S. 2 N. 3]), rerum amotarum (D. 25, 2, 8, 1), quod metus causa und de dolo (D. 4, 3, 18 pr.: s. oben S. 18 f., 66 N. 1), de recepto (oben S. 27 N. 6), Fabiana (D. 38, 5, 5, 1).

[1]) So die Kondiktionen (vgl. oben S. 36 ff.) und die Klagen aus Stipulation und Testament: D. 12, 3, 6. Das widersprechende D. eod. 5, 4 ist interpoliert: Marchi a. a. O. I 167 ff.; zustimmend Longo, Studi Moriani I 201, Mitteis, ZSSt. 32, 5, Biondi, Studi 86 N. 1, 164 N. 3; vgl. übrigens schon Pernice, Labeo II 2, 103 f.; anders noch Bertolini, Proc. civ. II 156 f., 161 f. — Wegen D. eod. 9 s. Lenel, Ed. 318 f.

[2]) So die actio empti in C. 4, 49, 4, venditi in D. 18, 6, 20 und das iudicium depositi, was den Eid des Depositars betrifft: D. 16, 3, 5 pr. (die von Beseler, Beitr. II 114, III 79 und Partsch, Neg. gest. I 54 N. 2, 55 N. 3 aufgedeckten Interpolationen tun nichts zur Sache). Schon diese Stellen sprechen dafür, daß in Marcian. D. 12, 3, 5 pr. die Worte „et in bonae fidei iudiciis“ gefälscht sein werden. Die Worte beruhen auf der bekannten (s. Longo, Studi Moriani I 195 ff.) Verallgemeinerungssucht der Kompilatoren, die ja gerade in unserem Zusammenhang zu einer weiteren (feststehenden) Interpolation (D. 13, 6, 3, 2: s. oben S. 2 N. 3) geführt hat. Hätte Marcian die dem Eid zugänglichen Aktionen erschöpfend aufzählen wollen, so würde er auch nicht die Gruppe übergangen haben, zu der die S. 67 N. 5 angeführten sechs letzten Aktionen gehören. Das Einteilungsprinzip kreuzt sich hier durchaus mit dem aus der Klausel „ex fide bona“ abzuleitenden; vgl. auch Hefke, Taxatio 102, Pernice a. a. O. II 2, 155.

[3]) Beide Aussprüche heben sich trefflich ab von der byzantinischen Naturalvollstreckung, wie sie der interpolierten (Bechmann, Dotalrecht II 323 N. 3, Beseler a. a. O. III 14, Biondi, Studi 162 N. 1) Begründung „quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat“ in D. 24, 3, 25, 1 zugrunde liegt. Dies verkennt Biondi 162 ff., der das fr. 9 cit. ohne stichhaltigen Grund für tribonianisch erklärt.

wenn auch D. 6, 1, 68 zur Aufnahme eines entgegengesetzten Inhalts (Spezialvollstreckung „manu militari")[1]) sich hat hergeben müssen, so ist doch der Sache nach mit Sicherheit der klassische Kern herauszuschälen, daß „qui restituere iussus iudici non paret . . ., quantum adversarius in litem sine ulla taxatione . . . . iuraverit, damnandus est".[2]) Daß Ulpian diesen Satz, der in veränderter Ausgestaltung[3]) noch den Byzantinern als „sententia generalis" gilt, als allgemeines Prinzip herausstellen wollte[4]), ergibt der Zusammenhang. Hier im 51. Buch ad Sabinum[5]) (Lenel, Pal. Nr. 2983 bis 2990), wo ein neuer Abschnitt seiner Vorlage beginnt[6]), hat der Jurist ebenso wie Pomponius im 29.[7]) und Paulus im 13.[8]) Sabinusbuche einleitend allgemein „de iudiciis" ge-

---

[1]) An dieser alten und gesicherten Interpolationsfeststellung ist trotz Kniep, Besitz 339ff., Der Rechtsgelehrte Gaius 253 und Samter, Nichtförml. Gerichtsverf. 82 N. 1, 152 N. 1 festzuhalten. Bethmann-Hollweg, auf dessen Handbuch (1834) 332 sich Kniep beruft, ist später (1865) ZivProz. II 698f. selbst anderer Meinung geworden; an letzterer Stelle 698 N. 46 ältere Literatur aus dem 19. Jahrhundert.

[2]) Anders wohl nur Biondi, Studi 88f., der überhaupt den ganzen „rapporto fra la restitutio rei ed il giuramento dell' attore" für justinianisch hält.

[3]) An diese knüpft das umfangreiche Emblem in Marcian. D. 20, 1, 16, 3 an, das zwar nicht in allen Stücken mit D. 6, 1, 68 gleichen Schritt hält, aber gleichfalls von der Haftung des böslichen Entsitzers ausgeht und — wegen vorausgesetzter Naturalvollstreckung — den Schätzungseid auf diesen Fall beschränkt. Zur Interpolation, die wohl schon bei „nam si" beginnt, vgl. Faber, Conj. 16, 15 (zu weitgehend), Solazzi a. a. O. 148, P. Krüger z. d. St. und vor allem Beseler, Beitr. I 28f., Lenel, Grünhuts Ztschr. 37, 531, 535 N. 33 (mit weit. Lit.), Gradenwitz, Festg. f. Güterbock 317ff.

[4]) Dawider spricht weder die Einreihung in den Digestentitel 6, 1 noch die Möglichkeit, daß Sabinus selbst an der entsprechenden Stelle vielleicht von der Eigentumsklage gehandelt habe: auch Lenel, Sabinussystem 81ff., besonders 83, 85 hält den Sabinus und die Kommentare streng auseinander.

[5]) Diese Inskription (statt 51 ad ed.) hat Lenel (Ulp. Nr. 2987, Sabinussystem 84 N. 1, Ed. 354 N. 1) sichergestellt. Dagegen Kniep, Besitz 339f.

[6]) Lenel, Sabinussystem 81.

[7]) S. namentlich D. 6, 1, 70; 26, 9, 1.

[8]) S. namentlich D. 6, 1, 69; eod. 71; 12, 3, 2.

handelt.[1]) Begründung (D. 2, 1, 13), Fortdauer (D. 4, 5, 6) und Beendigung (D. 42, 1, 55), Ort (D. 5, 1, 59), Zeit[2]) und Inhalt des officium iudicis wird erörtert und zum letzten Punkte insbesondere der Kreis der aus der Kondemnationsgewalt abfließenden Befugnisse beleuchtet: die Gewalt zur Absolution (D. 50, 17, 37)[3]), zur Litisästimation (D. 50, 16, 179) und zum Restitutionsbescheid, womit dann die Stellung des Richters beim iusiurandum in litem (D. 6, 1, 68; 12, 3, 1) aufs Engste verknüpft ist.

IV. 1. Regelmäßig stehen die Restitutionsklauseln, die das Kennzeichen der restitutorischen Aktionen im engeren Sinne darstellen[4]), im Futurum: „nisi ea res A° A° restituetur" ist das typische Schema. Aber zum Wesen des Restitutionsbegriffes gehört es nicht, daß terminus ad quem gerade der Zeitpunkt des Restitutionsbefehls sei. Notwendig ist nur eine Differenz zwischen dem der Beurteilung der (ehemaligen) causa zugrunde zu legenden Moment und dem Moment, in dem jene causa wiederherzustellen ist. Fällt also in concreto die Streitbefestigung nicht schon mit dem ersten Moment zusammen[5]), so kann sie sehr wohl den zweiten Moment verkörpern. Es läßt sich grundsätzlich

---

[1]) Lenel, Sabinussystem 81ff., zwar noch zweifelnd, aber schon bestimmter als Pal. I 1286 N. 3, II 137 N. 2, 1197 N. 1.

[2]) Hierzu ist nichts erhalten; vgl. aber Paul. 13 Sab. D. 2, 12, 8 (Pal. Nr. 1855).

[3]) Mit den Worten „nemo, qui condemnare potest, absolvere non potest", die ganz ähnlich in entsprechendem Zusammenhang (Lenel, Ed. 140 N. 2; vgl. namentlich D. 50, 16, 35) bei Paulus (17 ad ed. D. 42, 1, 3) wiederkehren, sollte anscheinend das Prinzip ausgesprochen werden, daß der frei gestellte iudex, wie er den Beklagten durch sein Kondemnationsrecht sich gefügig machen konnte, so auf den Kläger durch die Macht zur Absolution einzuwirken vermochte (ob. S. 58f.). Daß die Byzantiner derartige Sätze isolierten und als allgemeine „regulae iuris" verkündeten, ist nicht verwunderlich. Jedenfalls dürfte diese Deutung sich empfehlen gegenüber den fernliegenden Vermutungen, wie sie einerseits Bethmann-Hollweg, ZivProz. II 224 N. 30 und Eisele, Beitr. zur Röm. Rechtsgesch. 13ff., andererseits Audibert, Mél. Girard I 57f. geäußert haben.

[4]) Zum weiteren Sinn oben S. 46f., 67.

[5]) S. oben S. 52 N. 1.

nichts dawider einwenden, daß ein Delinquent den Verletzten spätestens bereits im Zeitpunkt der Litiskontestation in die Lage zu versetzen habe, die ohne das Delikt bestehen geblieben wäre. Zugunsten des Delinquenten wiche eine derartige Regelung von der üblichen allerdings wohl nicht ab; denn für etwaige nach der Streitbefestigung entstandene Werterhöhungen oder -minderungen der causa hätte er dem Kläger auf Grund der Klausel quanti ea res est oder erit ebenso einzustehen wie etwa der Kondiktionsbeklagte.[1]) Zuungunsten des Delinquenten hingegen müßte die Verschiebung des zweiten Moments die Folge haben, daß eine nach diesem Moment, also insbesondere während des apud iudicem schwebenden Verfahrens von ihm bewirkte Restitution ihn vor der Kondemnation nicht mehr zu bewahren vermöchte.

Daß eine solche Ordnung der Restitution mindestens dem frühklassischen Recht nicht unbekannt war, beweist die Formel, die in engem Anschluß an das oben[2]) zu 4 wiedergegebene Publikanenedikt von Lenel[3]) gewiß richtig mit „si paret . . . . . . vi ademisse idque restitutum non esse" rekonstruiert ist. Was den Prätor in diesem Falle dazu bestimmte, von einer futurischen Restitutionsklausel abzusehen, steht hier nicht zur Erwägung. Die einzige zum „restitutum non esse" erhaltene Juristenäußerung (Gai. D. 39, 4, 5 pr.)[4]) legt jedenfalls in sprechender Fassung das Gewicht genau auf den eben hervorgehobenen Differenzpunkt: „Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret". Und wenn diese Ab-

[1]) Vgl. oben S. 39. — In solchem Falle läßt sich — theoretisch gesprochen — die nachträgliche Prognose in zwei Teile zerlegen: zunächst wird kraft des formularen „restitutum non esse" (s. sofort im Text) die causa des Deliktszeitpunkts auf den Streitbefestigungszeitpunkt (terminus ad quem), alsdann kraft des „quanti ea res est (erit)" die causa des Streitbefestigungsmoments (terminus a quo) auf den Urteilsmoment projiziert.

[2]) S. 25.

[3]) Ed. 374f. und besonders (gegenüber Biondi) Festg. a. a. O. 210, 211 N. 1.

[4]) Lenel, Ed. 375 N. 4.

weichung auch, wie der folgende Satz bestätigt[1]), dem sabinianischen Dogma von dem absolutorischen Effekt aller iudicia (Gai. IV 114) zum Opfer fallen mußte, so tut das ihrer einstigen historischen Realität keinen Eintrag. Aber — und das ist besonders zu unterstreichen — außer in jener einen Beziehung verlautet von einem Unterschied zwischen futurischer und perfektischer Restitutionsklausel überhaupt nichts. Weder einen inneren Grund noch einen äußeren Anhaltspunkt gibt es, nach dem die Tragkraft des „restituere" hier enger zu bemessen gewesen wäre als anderswo. Und doch sieht von einem „arbitrio tuo" hier selbst die allgemeine Meinung ab.

2. Was den terminus ad quem betrifft, so ist vom „idque restitutum non esse" nur ein Schritt zum „eamque (rem) A° A° redditam non esse", das für die formula depositi in factum concepta sicher, für die entsprechende formula commodati fast sicher überliefert[2]), von Lenel mit Recht auch für die formulae (in fact. conc.) pigneraticia[3]) und fiduciae[4]) vermutet wird. Auch hier wird die Entwicklung in der Richtung zu einem subintellegierten „reddetur" deutlich und zwar nicht bloß zugunsten des Beklagten, sondern, wo erforderlich, auch zugunsten des Klägers, falls etwa der Beklagte post iudicium acceptum die „restituendi facultas" erhält.[5]) Ulpian scheut sich nicht zu formulieren: „non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam" (D. 16, 3, 1, 20), obwohl er sich wie auch in den nächsten Paragraphen der formula in factum concepta gegenübersieht.[6])

---

[1]) „sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est", von Biondi, Studi 41, 169 auf Grund der oben S. 42ff. bekämpften Anschauung mit Unrecht beanstandet. Der Gegensatz zwischen beiden Sätzen ist demjenigen verwandt, den Ulpian in D. 13, 7, 9, 5 mit licet — tamen charakterisiert.

[2]) Gai. IV 47.

[3]) Ed. 247; vgl. besonders D. 13, 7, 13, 1 „ut in commodato".

[4]) Ed. 283. [5]) D. 16, 3, 1, 21.

[6]) So sehr zutreffend Taubenschlag, Grünhuts Ztschr. 35, 136ff.; vgl. auch Segrè, Studi Fadda VI 336 N. 2, Biondi, Studi 161 N. 2 und früher (Ed. 1. Aufl. 231) Lenel, der jetzt (2. Aufl. 280) eher zur formula in ius concepta neigt. — Vgl. übrigens auch die analoge, gleich-

Wichtiger ist für uns die Frage, ob sich auch eine Annäherung des „reddere" an das „restituere" vollzogen hat, weil, wenn dies zu bejahen, nach den obigen Ausführungen eine Erklärung des im Anfang dieser Arbeit[1]) aufgeworfenen Problems zu erhoffen ist.

Prinzipiell sind beide Begriffe scharf zu scheiden; um so prinzipieller, je entschiedener man betont, daß „restituere" nicht „zurückgeben" heißt.[2]) Weil umgekehrt „reddere" die Zurückversetzung in einen vorigen Stand nicht bezeichnet, ist es von sich aus nicht fähig gewesen, dem über das „reddere" wachenden Geschworenen eine größere Bewegungsfreiheit auszuwirken. Sprachlich wie sachlich ist es dem „dare" verwandt[3]), und so hat sich auch die dogmatische Ausgestaltung[4]) der reddere-Aktionen dauernd Züge bewahrt, die auf die strengrechtlichen dare-Aktionen als ihren Ursprung weisen.[5]) So bei der Gefahrtragung post litem contestatam (formula depositi in factum concepta) in D. 16, 3, 12, 3[6]), so bei der oben S. 4 zu 4 erörterten Frage, so namentlich bei der Haftung des Depositars und des Kommodatars für Verschlechterungen der Sache (D. 16, 3, 1, 16; 13, 6, 3, 1)[7]): nicht davon ist hier die Rede, daß dem Kläger die „pristina causa" zu resti-

falls auf die form. in fact. conc. bezügliche (Lenel 246) Äußerung Ulpians in D. 13, 7, 9, 5.

[1]) S. 5f. [2]) S. oben S. 31ff.

[3]) Vgl. Cels. D. 31, 21 i. f. und VIR. V 40ff.

[4]) Weniger Gewicht soll auf den Gebrauch von „repetere" gelegt werden, weil, wo die actiones depositi und fiduciae in Frage stehen (s. oben S. 48f.), möglicherweise die bonae fidei-Formeln gemeint sind, von den Stellen der actio commodati aber D. 27, 3, 5 sicher (s. oben S. 5 N. 1) und D. 13, 6, 17, 3 vielleicht (vgl. Pernice, ZSSt. 9, 225 N. 5, 250 N. 2; 19, 96 N. 2, 168; 20, 142 N. 1, Segrè, Studi Fadda VI 345, Beseler, Beitr. III 86, 106) interpoliert ist, so daß (nach VIR. V 91) nur D. 13, 6, 12, 1 übrig bleibt.

[5]) Vgl. auch Pernice, ZSSt. 9, 231f., Labeo II 2, 154, Segrè a. a. O. VI 343f.

[6]) Dazu Pernice, Labeo II 2, 108 N. 1, Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1311f., Taubenschlag a. a. O. 140 N. 13, Albertario, Bull. 25, 27 N. 4; anders, aber m. E. unzutreffend Schulz, ZSSt. 32, 82f.

[7]) Beide Fragmente unzweifelhaft auf die formula in factum concepta bezüglich.

tuieren wäre[1]), sondern es heißt: „proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur".[2]) Das ist eine Denkform, die viel eher an die perpetuatio obligationis[3]) gemahnt und die denn auch von Ulpian ganz ausdrücklich mit dem Rechtszustand bei der Stipulations- und Testamentsklage in Verbindung gebracht wird.[4])

Aber mit dieser Tendenz kreuzt sich eine andere, die in der Sprache der Digestenklassiker zu kräftigem Ausdruck gelangt. Unbedenklich verwenden sie zur Auslegung eines formularen „restituere" das „reddere"[5]), und umgekehrt geben sie das „reddere" der formulae depositi[6]), commodati[7]), pigneraticia[8]), rei uxoriae[9]), redhibitoria[10]) ohne weiteres mit „restituere" wieder, ja bisweilen[11]) begegnen beide Termini auf engstem Raume neben einander, und Testamente und andere Urkunden sagen pleonastisch „reddas restituas"[12]). Bei der technischen Ausprägung beider Begriffe und der Präzision der klassischen Rede läßt ein derartiger Sprachgebrauch mit Sicherheit auf eine sachliche Assimilierung schließen, auf eine Assimilierung, als deren Objekt wir uns aus Gründen der allgemeinen Entwicklungsrichtung mehr das reddere als das restituere vorstellen werden. In der Tat haben wir zwei wichtige Anwendungsfälle eines freieren richterlichen Ermessens, die

---

[1]) Vgl. oben S. 31ff.

[2]) Vgl. Pernice, Labeo II 1, 296, II 2, 155.

[3]) S. oben S. 37f.; vgl. auch D. 12, 1, 3.

[4]) D. 46, 3, 27; dazu Lenel, Ulp. Nr. 800; vgl. auch Mitteis, ZSSt. 32, 3, 14, wo ferner auf Labeo D. 32, 29, 3 hingewiesen ist.

[5]) Pomp. D. 50, 16, 246, 1 und namentlich Paul. D. eod. 35.

[6]) S. die Stellen oben S. 47, davon D. 16, 3, 1, 21 sicher die formula in factum concepta betreffend: s. oben S. 72 N. 6.

[7]) D. 13, 6, 18, 4 (zweimal); 44, 7, 1, 3; C. 4, 23, 2—4. — Dagegen ist D. 13, 6, 3, 3 interpoliert: s. oben S. 65 N. 1.

[8]) D. 3, 5, 31 pr. i. f.; 13, 7, 40 pr. § 2; eod. 42; 44, 7, 1, 6; C. 4, 24, 5; eod. 7; eod. 11; eod. 12 (zur letzten Stelle aber auch Siber, Passivlegit. bei der rei vind. 66).

[9]) Trotz des technischen „reddere" (s. Lenel, Ed. 295 N. 3) vgl. oben S. 47 bei N. 4.

[10]) D. 21, 1, 27 i. f. gegenüber dem „reddetur" in D. eod. 25, 9.

[11]) z. B. D. 24, 3, 25, 1.

[12]) z. B. Gai. II 250, D. 34, 2, 15; vgl. D. 24, 3, 45.

sich aus der angeblichen bonae fidei-Natur der actio commodati gar nicht erklären ließen. Wenn im Gegensatz zu den strengen dare-Aktionen[1]) die actio commodati einem iusiurandum in litem zugänglich ist (D. 13, 6, 3, 2 init.)[2]) und dementsprechend[3]) „si quis hac actione egerit et oblatam litis aestimationem susceperit, rem offerentis facit" (D. eod. 5, 1), so zeigt die actio damit eine Funktion, wie sie ausschließlich restitutorischen Klagen eignet. Eine Klausel „ex fide bona" wäre hier ohne jeden Einfluß[4]); sie ist als Ursache auch deshalb auszuschließen, weil beide Fragmente sich (ebenso wie bei der actio depositi wohl das D. 16, 3, 1, 26)[5]) nur auf die formula in factum concepta beziehen.[6]) Dieses letztere gilt ferner von D. 13, 6, 5 pr.[7]): wiederum ist es somit nicht auf eine formulare fides bona[8]), sondern auf das einem restituere angenäherte reddere der Formel zurückzuführen, wenn, „ut certo loco vel tempore reddatur", nicht wie im Gebiete der actiones ex testamento (D. 13, 4, 5), certae creditae pecuniae (D. eod. 6)[9]) oder ex stipulatu (D. eod. 7, 1) die sog. actio de eo quod certo loco einspringen muß, sondern ähnlich wie bei den in D. eod. 7 pr.[10]) genannten bonae fidei iudiciis „officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat".

Nach diesen Erwägungen fragen wir erneut, ob es, um das freiere Ermessen des Kommodats- und Pignusrichters

---

[1]) S. oben S. 68 N. 1. [2]) S. auch oben S. 67 N. 5 a. E.

[3]) Näheres in m. Konkurrenzrecht § 159.

[4]) S. oben S. 68 N. 2; über die Interpolation von fr. 3 § 2 zit. oben S. 2 N. 3.

[5]) Vgl. oben S. 72 N. 6 (Taubenschlag a. a. O. 147f.); s. auch Hefke, Taxatio 104 N. 223.

[6]) Lenel, Ulp. Nr. 801.

[7]) Dazu auch Biondi, Dottrina 94f., Bull. 26, 31f.

[8]) Auch nicht auf das „quanti ea res erit", wie Biondi, Dottrina 94 annimmt. Hätte diese allgemeine Kondemnationsklausel hingereicht, so würde man sich ihrer auch bei den im Text genannten strikten Aktionen bedient haben (vgl. unten S. 78 N. 1), statt einen neuen, selbständigen Aktionentypus auszubilden.

[9]) Zu dessen ursprünglichem Zusammenhang Longo, Studi Moriani I 203f.

[10]) Über dessen möglichen Urtext vgl. die Übersichten bei Bertolini, Proc. civ. II 70 N. 2 und Biondi, Bull. 26, 32.

bei Kompensation oder Aktionenkonkurrenz zu erklären[1]), wirklich nur den Weg gibt, eine im klassischen Recht nicht bezeugte und vielen Tatsachen widersprechende ex fide bona-Klausel vorauszusetzen. Wir werden jetzt kein Bedenken mehr tragen dürfen, die Frage zu verneinen. Die dargelegte Annäherung der actio commodati und entsprechend der actio pigneraticia an die restitutorischen Aktionen leistet dieselben Dienste. Das begreift sich ohne weiteres für die Behandlung des Konkurrenzrechtes, bei der die restitutorischen Aktionen hinsichtlich der Ausgestaltung des officium iudicis hinter den bonae fidei iudiciis überhaupt nicht zurückstehen.[2]) Aber auch die Berücksichtigung der Kompensation ist aus der mit dem Restitutionsbegriff verbundenen Freiheit des Richters herzuleiten; ebenso gut wie etwa bei der actio familiae erciscundae aus der vereinigten Adjudikations- und Kondemnationsbefugnis.[3]) Es sei auch nicht vergessen, daß das einzige hier in Frage kommende Fragment Gai. D. 13, 6, 18, 4 keinmal die bona fides, aber zweimal das „restituere" anstatt des formelgemäßen „reddere" erwähnt.

3. Den in factum konzipierten Formeln der actiones commodati und pigneraticia steht die formula rerum amotarum sehr nahe. Wenn man diese actio deshalb als „arbiträr" angesehen und mit futurischer Restitutionsklausel ausgestattet hat[4]), weil bei ihr eine „contumacia mulieris" und entsprechend ein iusiurandum in litem seitens des Mannes möglich ist (D. 25, 2, 8, 1—eod. 10), so wird eine solche Schlußfolgerung durch den Hinweis auf die zu 2 besprochenen Aktionen entkräftet. Der Schätzungseid und ebenso das in D. eod. 29 begegnende „restituere" ist wie bei jenen Aktionen mit einer Klausel „easque res redditas non esse"[5])

---

[1]) S. oben S. 5 N. 8, 9.

[2]) Näheres m. Konkurrenzrecht; vgl. auch oben S. 58 N. 2—4.

[3]) D. 10, 2, 52, 2; s. auch C. 3, 37, 3, 1. — Dazu Berger, Teilungsklagen 96ff. und unten S. 77 N. 3, 4.

[4]) Karlowa, Röm. Rechtsgesch. II 1181f. und (wenngleich zweifelnd) Zanzucchi, Riv. ital. 42, 51 N. 6; bei beiden weitere Literatur.

[5]) So Lenel, Ed. 300, Demelius, Schiedseid 60; vgl. auch Bechmann, Dotalrecht II 323 (letzterer nicht durchweg zu billigen). — Ebenso im Ergebnis Biondi, Studi 155ff., aber auf Grund der in ihren

durchaus vereinbar. Umgekehrt verträgt sich diese (auch durch D. eod. 8, 1 empfohlene) Klausel allein mit dem „quanti ea res fuit“[1]) und namentlich mit dem kondiktionenartigen Charakter, den die actio rerum amotarum von jeher getragen hat.[2])

V. Unter den Aktionen, die sich einer größeren Ermessensfreiheit des Geschworenen erfreuen, sind im Hinblick auf die Form, in der die Prozeßformel von dieser Freiheit Kunde gibt, zwei Gruppen zu unterscheiden. Bald erhob die Formel die Rücksicht auf Treu und Glauben oder Billigkeit ausdrücklich zum maßgebenden Faktor, bald arbeitete sie mit konkreteren Begriffen, denen nur der Kundige ihre hier einschlagende Tragweite ansah. Die zur ersteren Gruppe gehörenden bonae fidei iudicia und actiones in bonum et aequum conceptae dürfen nicht länger der Anerkennung der anderen Aktionengruppe im Wege stehen. Zu ihr zählen sich nicht nur die im vorstehenden besprochenen „restituere“-Aktionen nebst den in teilweiser Anlehnung an sie ausgestalteten „reddere“-Klagen, sondern nicht minder die iudicia divisoria, deren officium iudicis aus der „Verbindung von Adjudikations- und Kondemnationsgewalt“[3]) abfließt.[4]) Auch die actio de eo quod certo loco ist hier einzureihen, gleichviel ob die entscheidende Klausel „si quid . . . .[5]) interfuit eam pecuniam Ephesi

---

beiden Teilen bereits zurückgewiesenen Ansicht, daß die actio rer. amot. Pönalklage (dagegen Levy, Privatstrafe 114 N. 4) und als solche einer futurischen Restitutionsklausel nicht zugänglich (dagegen oben S. 42 ff.) gewesen sei; vgl. auch Lenel, Festg. f. Sohm 211 N. 1.

[1]) Vgl. Karlowa a. a. O. II 1182, Lenel, Ed. 299.

[2]) Hierzu Levy, Privatstrafe § 9; wegen D. 25, 2, 26 daselbst 133 N. 6.

[3]) Seckel-Heumann „exceptio“ 3 B a bb (S. 183).

[4]) und nicht aus einer angeblichen ex fide bona-Klausel; ebenso Biondi, Studi 32 N. 3 und wohl auch Betti, Sulla opposizione della exceptio all' actio 20 N. 2. Im übrigen siehe die Literaturübersicht bei Berger, Teilungsklagen 144 N. 2.

[5]) alterutrius: Rudorff, Ed. perp. 106, Lenel, Ed. 238 f., Beseler, Ed. de eo 90 ff. (aber auch Beiträge II 169 f.). — A[1] A[1]: Gradenwitz, ZSSt. 24, 247, 251; vgl. auch Arangio-Ruiz, Bull. 25,

potius quam Romae solvi" oder ähnlich[1]) gelautet hat. Denn in jedem Falle gebietet sie eine Berücksichtigung des Ortsdifferenzinteresses, die ebenso wie die nachträgliche Prognose der restitutorischen Aktionen nur von einem freier gestellten Richter vollzogen werden kann: „Ideo in arbitrium iudicis refertur haec actio, quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates regionesque" (Gai. D. 13, 4, 3)[2]).

Grund und Umfang der gesteigerten Selbständigkeit des Judex sind bei all diesen so disparaten Aktionengattungen durchweg verschieden. Was sie vereinigt und damit von den strikten Judizien abhebt, ist lediglich die Tatsache, daß dem Richter überhaupt eine gewisse Macht zu ungebundenerem Befinden zukommt. Diese Macht allein erklärt es, daß hier und da die mit ihr ausgestatteten Geschworenen als „arbitri", die entsprechenden Aktionen als „arbitrariae" auftreten, insofern sie einem „arbitrium" oder „arbitratus" des Richters Raum geben. „Arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem"[3]) definiert Verrius Flaccus (bei Festus), und die übrigen Termini führt er, wie dargelegt[4]), auf den „arbiter" zurück. So allein begreift es sich, daß Cicero dem „directum asperum simplex iudicium" das „mite moderatum arbitrium" schlechthin entgegenstellen, daß er des letzteren Formel mit „quantum aequius et melius sit dari" kennzeichnen[5]) und doch wieder von „arbitria, in quibus

---

181ff., 191. — N[1] N[1]: Biondi, Dottrina passim, bes. 99ff., Bull. 26, 49. Näheres gehört nicht hierher.

[1]) Ganz abweichend Arangio-Ruiz a. a. O. 194f., der sich mit einem „quanti ea res erit" begnügen zu können glaubt; gegen ihn auch Biondi, Bull. 26, 49f., der seinerseits (Dottrina 99) hinter „quid" die durchaus beweislosen Worte „arbitrio tuo aestimatum" einschiebt.

[2]) Verschiedene (hier nicht interessierende) Vermutungen über etwaige Textänderungen bei Beseler, Edictum de eo 62f., Biondi, Dottrina 36 N. 1, Bull. 26, 16 N. 1, 29 N. 1, Arangio-Ruiz, Bull. 25, 139, 193.

[3]) Über den Zusammenhang dieser Auffassung mit der oben S. 13 angedeuteten ursprünglichen vgl. Eisele, Beitr. zur Röm. Rechtsgesch. 5f.

[4]) S. 17. [5]) p. Rosc. com. 4 §§ 10ff.

adderetur: ex fide bona" sprechen[1]) kann; daß Seneca[2]) allgemein den durch die Formel „eingeschlossenen" Judex von dem arbiter unterscheidet, dessen „libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere"; daß endlich die Juristensprache jene Termini unbedenklich bei sämtlichen eben zusammengefaßten Klaggruppen verwendet[3]); so allein macht auch die Heraushebung der einen technischen „actio arbitraria" keine Schwierigkeiten mehr. Desgleichen stimmt damit die erste Erläuterung der Inst. 4, 6, 31 „actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes"[4]) zusammen. Und wenn es dort weiter heißt, daß diejenigen Aktionen „arbitrarias.... appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat", so kann das am allerwenigsten die herrschende Meinung[5]) für das klassische Recht verwerten. „Restituere" und „exhibere" treten nur als Beispiele für „satisfacere" auf und stehen mit „solvere" und „ex noxali causa servum dedere" auf derselben Stufe; also ist es inkonsequent, ein

---

[1]) de offic. 3, 17, 70. [2]) de benef. (ed. Haase) 3, 7, 5.

[3]) S. oben S. 11ff.

[4]) Riccobono, Bull. 20, 102 hält diese Worte für tribonianisch. Das trifft aber wohl nur hinsichtlich ihrer Einarbeitung zu: ex arbitrio pendere ist klassisch, vielleicht sogar spezifisch bei Gaius beliebt: D. 28, 5, 32 pr.; vgl. Gai. IV 110. S. auch die kaiserliche epistula an den Prokonsul Festus (a. 375) l. 2 (Bruns, Fontes 7. Aufl. I 272).

[5]) die freilich immer wieder auf diese Stelle verweist, obwohl schon Lenel, Beitr. 87f. betont hat, daß der Autor des § 31 seine Definition an sich „ebensowohl in materialem Sinne wie als Referat über die Formel gemeint haben kann". — In der Annahme von Emblemen innerhalb des ersten Satzes hat Lenel mehrfach (vgl. auch Ed. 171f.) geschwankt: während er Beitr. 98ff. das Stück „in quibus nisi . . . ." für ein „anstößiges Supplement" hält, will er neuerdings (Festg. für Sohm 203) nur die Worte „vel solvat . . . . dedat" tilgen. Allein sein Argument, daß das klassische Recht nicht solche, aber anders formulierte Arbiträrklauseln gekannt habe, bedarf selbst gar sehr des Beweises; auch ist das „satisfaciat, veluti" damit immer noch nicht der herrschenden Lehre angepaßt.

„nisi arbitrio tuo .... restituetur (exhibebitur)“ als formular zu verfechten, ein „nisi arbitrio tuo .... solvetur“ oder „Stichus servus noxae dedetur“ aber abzulehnen. Vom klassischen Standpunkt kann es sich vielmehr nur um vier wesensgleiche Äußerungen des officium judicis handeln, deren Formelsässigkeit hier gar nicht in Frage kommt. In diesem Sinne genommen, fehlt es auch an Beispielen für ein „arbiträres“ solvere[1]) oder noxae dedere[2]) keineswegs. Sicherlich hätten die Beispielsreihen der ursprünglichen Vorlage über die Definition selbst ganze Klarheit verbreitet. Daß in dem überlieferten Text die Byzantiner sich zu schaffen gemacht haben, ist heute kaum noch Gegenstand des Zweifels[3]); insbesondere zeigt der Schlußsatz, daß ihnen der klassische Ausdruck „actiones arbitrariae“ willkommene Gelegenheit bot[4]), die Aburteilung ohne jede Schranke dem richterlichen Ermessen

[1]) So etwa bei der actio quasi Serviana (vgl. auch May, Mél. Girard II 162 N. 2), obwohl die Klausel „nisi restituat aut pecuniam solvat“ mit Lenel, Ed. 474 abzulehnen ist; bei der actio quod metus causa (D. 4, 2, 9, 7; dazu Lenel, Beitr. 59) und überhaupt in den von Levy, Privatstrafe 87 N. 2 angedeuteten Fällen. Aber vielleicht darf man auch trotz oben S. 13 N. 7 an die sog. actio de eo quod certo loco denken: hierzu Biondi, Dottrina 105.

[2]) Wollte man D. 9, 4, 14, 1 hierher ziehen, so gäbe es überhaupt keine Noxalklage, die nicht „arbitraria“ wäre; aber die Stelle ist interpoliert (vgl. m. Konkurrenzrecht § 170). In D. eod. 19 pr. hält sich die Bewegungsfreiheit des Richters — falls „officio iudicis“ echt ist — in sehr engen Grenzen (Konkurrenzrecht § 169). — Dagegen könnten die Fälle gemeint sein, in denen die noxae deditio innerhalb einer Sachverfolgungsklage herbeigeführt wird: vgl. D. 5, 3, 40, 4; 39, 3, 6, 7 i. f. (Konkurrenzrecht § 26; s. auch Girard, Nouv. rev. histor. 11, 448, Manuel 1022 N. 4 a. E.); s. ferner D. 47, 2, 62 pr. ff. (vgl. auch oben S. 55 N. 1). Nicht hierher gehört die oben S. 19 ff. besprochene actio iniuriarum noxalis; ebenso Segrè, Mél. Girard II 567, anders May ebd. II 163 N. 1.

[3]) Vgl. außer Lenel (s. oben S. 79 N. 5) Longo, Bull. 17, 46 ff., Riccobono, Bull. 20, 102, Fehr, Beitr. z. L. v. röm. Pfandr. 49, Biondi, Dottrina 98 N. 1, Studi 18 ff., 33, 57, 200, Bull. 26, 17 ff., May, Mél. Girard II 161 N. 1, Segrè ebd. II 568 f., 569 N. 3, 573, Arangio-Ruiz, Bull. 25, 143.

[4]) So erklärt sich sachlich ihre Vorliebe für das „arbiträre“ Element (vgl. oben S. 8 f.), die nicht, wie Lenel, Festg. 202 annimmt, durch den Gedanken an eine formulare Besonderheit getrübt wurde.

„ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam“ anheimzustellen.

Nach alledem bezeichnen „arbiter“ und seine Ableitungen nirgends einen produktiven Faktor, dessen Vorhandensein bei der einzelnen actio etwas Neues zu wirken vermöchte; sie charakterisieren lediglich ganz wie das viel häufiger gebrauchte, aber farblosere „officium“[1]) die Fälle, in denen aus beliebiger Ursache der Geschworene freiere Hand hat. Sie proklamieren die größere Selbständigkeit des Richters, ohne über deren Grund etwas auszusagen; sie stellen sie fest, aber rechtfertigen sie nicht.

Daraus erhellt der Platz, den die arbiträren Judizien im System der Aktionen eingenommen haben müssen. Sie stellen einen Oberbegriff dar, der die restitutorischen und divisorischen iudicia, aber auch die actiones in bonum et aequum und die bonae fidei-Klagen umfaßt; die Koordination zwischen den letztgenannten und den arbiträren Aktionen — mag sie in einer Gegenüberstellung[2]) oder in einer Annäherung[3]) beider Gattungen bestehen — ist nicht klassisch. Den logischen Gegensatz vermögen nur die Aktionen zu bilden, die durchweg strikten Charakter tragen.[4]) Gerade daher, weil es — ganz exakt gesehen — Aktionen, denen ein officium iudicis in gar keiner Beziehung eignete, überhaupt nicht gegeben hat[5]), mag es kommen, daß die Kategorie der arbiträren iudicia in der klassischen Rechtslehre nicht viel fruchtbarer geworden ist als die der strikten

[1]) Belege erübrigen sich; vgl. etwa Tit. Inst. 4, 17 und Seckel-Heumann h. v. 1b.

[2]) Einen präzisen Beleg dafür und zugleich einen guten Einblick in den klassischen Standpunkt gäbe Pap. D. 22, 1, 3, 1, wenn dessen Anfang, wie oben S. 6 N. 5 vorgeschlagen, zu lesen sein sollte. — Vgl. außerdem besonders Cic. de offic. 3, 17, 70.

[3]) S. die beiden von Biondi, Studi 34 wiedergegebenen Basilikenscholien zu 23, 3, 3, 1 (Heimb. II 680) und 60, 10, 6 (Heimb. V 430); dazu Lenel, Festg. 202 N. 1.

[4]) Anders Biondi, Studi 32 in Verfolg seiner oben S. 6 abgelehnten Ansicht.

[5]) Vgl. z. B. oben S. 39 sowie D. 30, 47 §§ 2, 4; eod. 69, 5; eod. 71, 1. S. auch Pernice, Labeo II 1, 295ff., II 2, 103 N. 2, 127ff. (zustimmend Mitteis, RPR. I 323 N. 33), Seckel-Heumann „exceptio“ 3 B a cc *α* (S. 183). — Zu weit geht Bekker, Aktionen II 170ff., bes. 172 N. 40.

iudicia.[1]) — Diese beiden Rubriken enthalten im Hinblick auf den Umfang des officium iudicis den obersten Einteilungsmodus: eine actio „ist arbitrarisch, wie sie zivil, honorarisch, in rem, in personam, in ius und in factum konzipiert ist.“[2])

[1]) Über die letztere Kategorie s. etwa den Bericht Bertolinis, Proc. civ. II 39 N. 3, 40 N. 1. Aber man wird die gegen sie bestehenden Bedenken mit Segrè, Mél. Girard II 569 N. 3 noch stärker unterstreichen müssen: zu D. 12, 3, 5, 4 s. oben S. 68 N. 1, zu D. 13, 6, 3, 2 oben S. 2 N. 3, zu Inst. 4, 6, 28 Gradenwitz, Interpol. 110, zu Inst. eod. 30 Segrè a. a. O.

[2]) So treffend Lenel, Ed. 239, freilich mit einer durch die obigen Ausführungen hoffentlich weggeräumten Einschränkung.

II.

Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus.

Von

Herrn Prof. **Paul Krüger**

in Bonn.

Die Schriften der byzantinischen Juristen des 6. Jahrhunderts über die justinianischen Gesetzbücher sind seit ihrem Bekanntwerden im Occident vorwiegend für die Kritik der justinianischen Gesetzbücher verwertet worden. Was sie zur Erläuterung des justinianischen Rechts beibringen, hat nur bei wenigen unserer Romanisten Beachtung gefunden, zum Teil deshalb, weil die griechischen Kommentare nur für wenige Materien so weit überliefert sind, daß man ein vollständiges Bild von der Auffassung der Verfasser gewinnt, mehr noch wegen der Flachheit des Inhalts. Dazu kommt, daß die Bruchstücke, welche als Scholien zum Texte der Basiliken überliefert sind (und das ist die fast ausschließ-

liche Überlieferung), in der vollständigsten Ausgabe der Basiliken von Heimbach recht unbefriedigend zum Abdruck gelangt sind. Eine größere Beachtung würden die Kommentare gefunden haben, wenn die Verfasser, denen noch die Quellen des vorjustinianischen Rechts in reichem Maße zu Gebote standen, die zum Teil noch darüber Vorlesungen gehalten haben, ihre Kenntnis derselben zur Erläuterung der justinianischen Quellen herangezogen und die eingetretenen Wandlungen klargestellt hätten. Ganz ist dies allerdings nicht ausgeblieben, tritt aber doch nur so vereinzelt und ausnahmsweise in einigen Kommentaren auf, daß man sieht, den Byzantinern ging ein Verständnis für den Wert solcher Vergleichung ab. Dies hat Mommsen in seiner Vorrede zur Digesten-Ausgabe S. LX etwas drastisch dahin zusammengefaßt, daß bei ihnen *diligentissima ipsorum digestorum pertractatio mire coniuncta est cum absoluta iuris antiquioris omniumque omnino quae extra corpus iuris posita essent ignoratione.* Daran hat Riccobono[1]) Anstoß genommen; seine Widerlegung stößt aber meines Ermessens offene Türen ein; was er anführt, war Mommsen nicht unbekannt. Ich möchte auch glauben, daß Mommsen *ignoratio* hierbei nicht im Sinne von *ignorantia* gebraucht hat, sondern in dem uns mehr als den Lateinern geläufigen des Ignorierens.

Zutreffender ist von Riccobono auf unbewußte und unfreiwillige Wiedergabe vorjustinianischen Rechts in den Kommentaren der Byzantiner hingewiesen worden. Darauf führte ihn die Beobachtung, daß zwischen den lateinischen Texten und ihrer griechischen Wiedergabe in den gedachten Kommentaren Abweichungen bestehen, welche nicht durch Mißverständnis hervorgerufen sein können. Er erklärt dies daraus, daß die Byzantiner bei der Wiedergabe der aus dem vorjustinianischen Recht in das justinianische übernommenen Stellen die vor der justinianischen Kompilation hergestellten griechischen Übertragungen benutzt haben. Die gleiche Vermutung ist schon von anderen für einzelne

---

[1]) Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del Corpus iuris civilis (1907) S. 3 (= Mélanges Fitting S. 465).

Texte aufgestellt worden; so hat namentlich Ferrini angenommen, daß der Institutionen-Paraphrase des Theophilus bisweilen nicht der justinianische Text, sondern derjenige der Institutionen von Gaius zugrunde liegt.[1])

Zu einem ähnlichen Ergebnis führten die Bemerkungen, welche Zachariä über die Abweichungen des Kommentars von Thalelaeus zum justinianischen Codex in der wörtlichen Übersetzung (*τὸ κατὰ πόδας*) und in seinen Indices (*τὸ πλάτος*) der einzelnen Konstitutionen gemacht hat, wie sie in den Anmerkungen meiner Ausgabe des Codex hervorgehoben worden. Zachariä ist freilich zu einer anderen Lösung des Rätsels gelangt[2]); er nimmt an, daß Thalelaeus zunächst den Codex vom Jahre 529 bearbeitet habe und nach der Umgestaltung desselben vom Jahre 534 die ältere Übersetzung für den Kommentar zum Codex repetitae praelectionis benutzt und dabei die Änderungen des Textes zum Teil übersehen habe. Auch diese Erklärung setzt stillschweigend voraus, daß der übersetzte Text des älteren Codex an dem ursprünglichen Wortlaut der Konstitutionen in den fraglichen Stellen noch keine Änderungen vorgenommen habe; insofern stimmen Zachariä und Riccobono überein[3]), die größere Wahrscheinlichkeit spricht für Riccobonos Vermutung.[4])

Die bisherigen Versuche, Spuren vorjustinianischen Textes aus der Vergleichung der lateinischen und griechischen Überlieferung zu gewinnen, gehen von der Betrachtung einzelner Stellen aus; eine solche vereinzelte Prüfung bietet

---

[1]) Rendiconti dell' Istituto Lombardo XVI 569 ff., Archivio giuridico XXXVII 384 ff., Byzantinische Zeitschrift VI 547 ff. Vorgänger von Ferrini ist Mylius, Historia Theophili (1730), abgedruckt in der Ausgabe des Theophilus von Reitz S. 1052.

[2]) Kritische Vierteljahrschrift XVI 228 f., Zeitschrift der Sav.-St. VIII 31 f. 36.

[3]) Man vergleiche damit die Bemerkung von Zachariä in dieser Zeitschrift VIII 36, daß das *κατὰ πόδας* wahrscheinlich unter Zuhilfenahme vorhandener Übersetzungen der älteren Konstitutionen-Codices und posttheodosischer Novellen hergestellt worden.

[4]) Gegen die ersten beiden Aufsätze von Zachariä habe ich meine Bedenken in der Vorrede zur Ausgabe des Codex S. XIV ff. ausgesprochen; vgl. Quellengeschichte [2] § 49, 36. 37.

keine Gewähr für ein sicheres Ergebnis. Nicht alle Abweichungen, man kann sogar sagen, nicht einmal die Mehrzahl derselben läßt sich aus Benutzung vorjustinianischer Übertragungen erklären; für jeden Kommentar müssen zunächst seine Eigenheiten in der Wiedergabe der justinianischen Texte geprüft werden. Ein Versuch in dieser Richtung soll hier mit demjenigen Kommentar gemacht werden, welcher seiner Anlage nach am geeignetsten erscheint, im Sinne Riccobonos ausgebeutet zu werden, mit dem bereits erwähnten Kommentar von Thalelaeus. Zunächst einige allgemeine Bemerkungen über denselben.[1])

Thalelaeus gehörte zu den Rechtslehrern, an welche Justinians Konstitution *Omnem* vom Jahre 533 über Umgestaltung des Rechtsunterrichts gerichtet war. Er hatte Vorlesungen über das bis dahin geltende Recht gehalten, und seine Kenntnis derselben setzte ihn in den Stand, die Änderungen, welche am Text der älteren Konstitutionen vorgenommen worden, zur Erläuterung des neuen Wortlauts zu benutzen oder wenigstens auf den früheren Rechtszustand hinzuweisen. Daß er dies getan, dafür sind Spuren genug in den uns überlieferten Teilen seines Kommentars zum Codex erhalten. Sie finden sich in den Bemerkungen, welche als *Παραγραφαί* dem Text der Konstitutionen angehängt sind. So erwähnt er z. B. zu Cod. 2, 18, 1, daß die Schlußworte aus einer anderen Konstitution entnommen sind; ferner zu 2, 4, 3. 36; 2, 9, 1; 2, 12, 6; 2, 18, 9. 17 (schol. 44). 3, 28, 3; 4, 10, 6; 4, 30, 9; 5, 3, 5; 5, 9, 3 a. E.; 6, 9, 1; 6, 56, 4, daß einiges gestrichen, anderes geändert sei.[2]) Zu weit geht aber Riccobono mit der Bemerkung: nelle annotazioni (Taleleo) usa ogni cura nel porre in evidenza le riforme introdotte da Triboniano nelle leggi del codice, e attesta cosi nella maniera più esplicita e diretta, che egli teneva dinanzi agli occhi insieme al testo ufficiale le collezioni più antiche dei rescritti e delle leggi.[3]) Man

[1]) Weiteres bei Zachariä in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte X (1872) 48 ff. und in dieser Zeitschrift VIII (1887) 12 ff.

[2]) Vgl. noch die Bemerkungen zu 2, 4, 18; 2, 12, 4; 2, 18, 21 über die Auffassungen der Juristen des 5. Jahrhunderts.

[3]) Riccobono, Valore S. 11.

vergleiche nur die aus dem Theodosianus und den Novellae übernommenen Konstitutionen, bei denen Thalelaeus trotz eingreifender justinianischer Änderungen sich mit einer einfachen Wiedergabe des justinianischen Textes begnügt.[1]) Andererseits finden sich Fälle, in denen Thalelaeus durch Unkenntnis des ursprünglichen Wortlauts irregeführt wird. So wundert er sich zu Cod. 2, 3, 8 darüber, daß die *ἐπιφανέστατοι διδάσκαλοι* (d. h. die Juristen des 5. Jahrhunderts) den fraglichen Vertrag wegen Verstoß gegen die Regel *contra rem iudicatam pacisci non potest* für ungültig erklärten, während doch nach Consultatio 9, 11 die Kaiser selbst ihre Entscheidung damit begründet hatten; der justinianische Text hat diese Worte gestrichen und stützt die Entscheidung lediglich auf die mala fides, für welche in dem angegebenen Tatbestand kein Anhalt gegeben ist.

Daß der Kommentar sich auf den Codex vom Jahre 534 bezog, ist zweifellos; Bedenken erregte eine Zeitangabe in dem Scholion zu den Basilica 8, 1, 28, dessen Schlußworte dahin lauten: *διὰ τὸ ἀνύεσθαι ἐκ τῶν χρόνων τῆς διατάξεως ὑπὲρ τοὺς πεντήκοντα καὶ πλέον ἐνιαυτούς.* Der Erlaß, auf den sich das Scholion bezieht (Cod. 2, 7, 16) ist vom Jahre 474; setzt man als Höchstzahl 59 Jahre, so kommt man auf das Jahr 533. Dies Bedenken suchte man durch die Annahme zu beseitigen, die obigen Worte seien durch Versehen an das gedachte Scholion angeschlossen worden, sie hätten sich vielmehr auf die folgende, aber in den Basiliken weggelassene Konstitution Cod. 2, 7, 17 bezogen, welche nach der von Haloander überlieferten Subskription im Jahre 486 erlassen wäre.[2]) Aber die Subskription Haloanders paßt nicht zu c. 17, da der Kaiser Leo iunior schon 474 gestorben ist; sie muß zu einer der folgenden griechischen Konstitutionen (c. 18. 19), wahrscheinlich zu c. 19 gehören.[3]) Auch mit der Annahme von Zachariä, daß

[1]) So z.B. zu Cod. 2, 4, 40. 41; 2, 6, 6; 2, 7, 6; 2, 13, 23. 24; 3, 28, 27; 4, 19, 24; 4, 20, 11; 6, 56, 5 und hinsichtlich der Verschmelzung mehrerer Konstitutionen z. B. 4, 20, 11.

[2]) So nach Früheren Heimbach, Basilica VI 72, Zachariä in Richters kritischen Jahrbüchern 1844 S. 815.

[3]) Über solche Versetzungen der Subskriptionen in den Handschriften vgl. Krüger, Kritik des Justinianischen Codex S. 242 f.

die Zeitangabe seine Vermutung bestätige, Thalelaeus habe zunächst den Codex von 529 übersetzt[1]), kommt man nicht weiter, da alsdann die gedachten Worte in dem Kommentar zum zweiten Codex nicht stehenbleiben durften. Zutreffender ist wohl die jüngste Erklärung von Zachariä, daß die Worte *ὑπὲρ τοὺς πεντήκοντα καὶ πλέον ἐνιαυτούς* auf eine über 60 Jahre gehende Zeitdauer gedeutet werden müssen.[2])

Fassen wir nun die Verschiedenheiten der lateinischen Überlieferung der Konstitutionen und der griechischen Übersetzungen ins Auge, so ist zunächst zu fragen, ob Thalelaeus sich streng an den lateinischen Wortlaut binden wollte. Für das *κατὰ πόδας* ist dies unbedingt anzunehmen; bei der bloßen Inhaltsangabe begegnen wir einer verschiedenen Behandlung. Oft findet sich entsprechend der Vorschrift Justinians nur eine kurze Summa (Index), regelmäßig gibt aber auch hier Thalelaeus den vollständigen Text (*ἐν πλάτει*) wieder, und zwar so, daß man bisweilen zweifeln kann, ob man das *κατὰ πόδας* oder das *πλάτος* vor sich hat.[3]) Beim *πλάτος* wird man im ganzen auch eine genaue Wiedergabe des Textes erwarten; doch ist eine freiere Behandlung nicht ausgeschlossen.

Die Abweichungen zwischen beiden Überlieferungen lassen sich in drei Hauptgruppen gliedern: Thalelaeus gibt mehr, als in der lateinischen Überlieferung steht, oder er läßt einiges weg oder er weicht sonstwie ab. Hinsichtlich

---

[1]) Oben S. 84. Eine Stütze für die Vermutung von Zachariä könnte man in einem Scholion zu Basilica 8, 1, 55 finden, wenn man dies Scholion nicht mit Zachariä (Zeitschrift der Sav.-St. VIII 10) auf eine ältere Summa des Codex, sondern mit der Überlieferung auf den Kommentar des Thalelaeus bezieht. Hier heißt es zu Cod. 2, 6, 6 § 4 (Heimbach I 337): *Αὕτη μὲν ἡ διάταξις ἀπηγόρευσε τοῦτο γίνεσθαι· τοῦ εὐσεβεστάτου δὲ ἡμῶν βασιλέως νομοθεσία μετὰ τοῦτον ἐξενεχθεῖσα τὸν κώδικα ἐπιτρέπει τοῖς ἄρχουσιν καὶ προστίμοις σωφρονίζειν τοὺς δικολόγους, ἐὰν αὐτοὺς καταλάβωσιν ἐπίτηδες παρεκτείνοντας τὴν ὑπόθεσιν.* Zachariä nämlich glaubt, daß damit die justinianische Konstitution Cod. 3, 1, 13 § 9 gemeint sei; es kann aber sehr wohl eine uns nicht überlieferte Novelle Justinians sein, welche die in c. 13 § 9 angedrohte Strafe herabgesetzt hat.

[2]) Zeitschrift der Sav.-St. VIII 43. [3]) Zachariä ebenda S. 20.

der dritten Gruppe können wir uns kurz fassen. Dafür, daß hier manches auf Mißverständnis des Thalelaeus beruht, hat Zachariä aus dem *κατὰ πόδας* eine Reihe von Beispielen zusammengestellt.[1]) Er hat ferner darauf hingewiesen, daß Thalelaeus bisweilen in der Übertragung geschwankt und deshalb für einzelne Wörter eine doppelte Übersetzung gegeben hat.[2]) Andererseits finden sich Abweichungen, von denen man sagen muß, daß Thalelaeus einen anderen lateinischen Text vor Augen gehabt hat, der bald besser, bald schlechter als der uns überkommene ist. Solche Fälle lassen sich aus den Anmerkungen meiner Ausgabe leicht zusammenstellen. Alle diese Fälle stehen in keiner Beziehung zu den Umgestaltungen des vorjustinianischen Textes. Nur da könnte man daran denken, wo etwa der griechische Text in sachlichem Gegensatz zum lateinischen steht. Solche Fälle sind bisher nicht zur Sprache gekommen und es werden sich nur wenige aufweisen lassen; es wird genügen auf diese Möglichkeit hingewiesen zu haben.

Auch für die Beurteilung der anderen beiden Gruppen ist zu bedenken, daß die Überlieferung des Kommentars eine ziemlich junge ist; darin können nachträgliche Zusätze, Streichungen und sonstige Umgestaltungen des ursprünglichen Werkes stecken. Ferner darf nicht übersehen werden, daß auch der lateinische Text nicht fehlerlos überliefert ist, daß ihm dieselben Mängel anhaften, deren Möglichkeit für den Kommentar hervorgehoben ist.[3]) Daß dies alles bisher nicht genügend berücksichtigt worden, soll nun an einzelnen Beispielen gezeigt werden.

Zunächst ein Fall der Erweiterung des justinianischen Textes durch Thalelaeus selbst. Zu Cod. 3, 36, 25 lautet der lateinische Text:

Ex causa donationis vel aliunde[4]) *tibi quaesita, si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes.*

Das *κατὰ πόδας* im Scholion zu Basilica 42, 3, 80 gibt dies so wieder:

---

[1]) Zeitschrift der Sav.-St. VIII 26 f. [2]) Ebenda S. 27 f.
[3]) Vgl. die Vorrede zur Ausgabe des Codex S. XXXII ff.
[4]) Die Worte *vel aliunde* mögen justinianischer Zusatz sein.

Τὰ ἀπὸ δωρεᾶς ἢ ἀλλαχόθεν αὐτεξουσίῳ ὄντι κτηθέντα, ἐὰν τὴν πάππου κληρονομίαν παρῃτήσω, συναγαγεῖν τοῖς ἀδελφοῖς οὐκ ἀναγκάζῃ. ἐὰν γὰρ ταῦτα ὁ σὸς πάππος εἰς σὲ ἐν τῇ αὐτοῦ ὑπεξουσιότητι ὄντα εἰσήγαγεν, ἀβστινατεύων ἑαυτὸν (σαυτὸν?) ἀπὸ τῶν ἐκείνου πραγμάτων τὸν χωρισμὸν αὐτῶν μάτην αἰτεῖς.

Damit stimmt der Text der Basiliken (= Thalelaei index) überein; dagegen ist die Unterscheidung des in der Gewalt befindlichen und emanzipierten Enkels dem lateinischen Text fremd, und mit Recht, denn auch die Schenkungen an die Gewaltunterworfenen werden aufrechterhalten, wenn der Gewalthaber sie bis zu seinem Ableben nicht widerrufen hat.[1]) Der Versuch im Scholion *Ὁ παραιτούμενος*, die obige Unterscheidung darauf zu stützen, daß in der Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft des Schenkers eine Undankbarkeit gegen den Erblasser liege, geht fehl. Dasselbe Scholion bemerkt aber gleich, daß Thalelaeus erst die Unterscheidung in den Text hineingetragen habe, und bestätigt die Vollständigkeit des lateinischen Textes.[2]) Zachariä dagegen glaubt, Thalelaeus gebe den ursprünglichen Text der Konstitution wieder[3]) und sucht dies gegenüber dem Zeugnis des Scholiasten dadurch zu retten, daß er das Scholion in zwei Stücke zerlegt, den Anfang dem Theodorus Hermopolita (aus dem Ende des 6. Jahrhunderts) zuschreibt, den Rest einem jüngeren Scholiasten beilegt[4]) und dessen Äußerung über den Text der Konstitution (*τὸ ῥητὸν τῆς διατάξεως*) auf den Anfang des Scholion als Summa des Theodorus bezieht.[5]) Das

---

[1]) Vat. fr. 274. 277. 278. 281; Mandry, Familiengüterrecht I 274 f.

[2]) Im weiteren Verlauf des Scholion heißt es: *εἰ καὶ τὰ λεγόμενα δοκεῖ εἶναι πιθανά, ἀλλ' οὖν οὐ δηλοῖ τὸ ῥητὸν τῆς προκειμένης διατάξεως τοιοῦτόν τι, ἀλλὰ μόνον φησὶ μὴ συνεισφέρειν τὸν μὴ κληρονομοῦντα τὸν ἴδιον πάππον τὰ δωρηθέντα αὐτῷ παρ' ἐκείνου.*

[3]) Dagegen schon Cujacius, Observationes 13, 33.

[4]) Heimbach, Basilica VI 361 schreibt das ganze Scholion dem Theodorus zu; jedenfalls zeigt auch der Schluß, daß der Scholiast zu denjenigen Byzantinern gehört, welche noch die justinianischen Texte vor sich hatten.

[5]) Zeitschrift der Sav.-St. VIII 33.

ist unhaltbar; der Anfang des Scholion ist keine Summa der Konstitution, er bringt eine ihr entgegengesetzte Entscheidung (*οὐ λαμβάνει τὰ δωρηθέντα*).

Zusätze zum Kommentar aus späterer Zeit weisen z. B. folgende Stellen auf:

In Cod. 1, 2, 6 stimmt die lateinische Überlieferung mit dem Theodosianus überein. Der Index von Thalelaeus im Nomocanon XIV titulorum 1, 5 = 9, 1 (ed. Pitra II 463) macht (in Übereinstimmung mit der Basilica 5, 1, 5) zu den Schlußworten, daß die Entscheidung von Zweifeln der Provinzialsynode anheimfalle, den nicht recht verständlichen Zusatz *καὶ θείῳ νόμῳ.*[1])

Cod. 2, 3, 26 gibt das *κατὰ πόδας* (Basilica 11, 1, 87 schol. *Θαλελαίου*) die Worte *quod et in honorario succedentibus iure locum habebit* so wieder: *καὶ ἐπὶ τῶν κατὰ πραιτώριον δίκαιον διαδεχομένων τῇ τῆς πλάσεως βοηθείᾳ τόπον ἕξει.* Der Hinweis auf die fictio heredis paßt zur Konstitution nicht und ist zweifellos Glosse.[2])

2, 11, 3 übersetzt das *κατὰ πόδας* (= Text der Basilica 21, 3, 3) die Anfangsworte *etsi severior sententia dici debuit* so: *εἰ καὶ διὰ τὴν ἁρπαγὴν τῆς παρθένου χαλεπωτέραν ἀπόφασιν λεχθῆναι ὀφείλει.* Der raptus virginis erscheint im lateinischen Text nicht, auch die Anführung des *κατὰ πόδας* in der adnotatio des Thalelaeus kennt ihn ebensowenig wie der Index des Theodorus; erst in einem jüngeren Scholion (*Ἀνάγνωθι*) taucht er auf.

Zu 3, 42, 8 pr.[3]) sind die Worte *adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes* so wiedergegeben (Bas. 15, 4, 28): *ἕξεις κατὰ τοῦ ἔχοντος τὰ διαφέροντά σοι πράγματα τὴν παραστατικὴν ἀγωγήν, ἢ φαινομένων αὐτῶν τὴν ἐκδικοῦσαν αὐτά,* und die folgenden Worte *quod si pactus sit* sind dahin erweitert: *εἰ μέντοιγε ὁ τὰ ἴδια παραθέμενος συνεφώνησεν.*

7, 62, 17 lautet der lateinische Text: *praefecturae urbis iudicium sacrum appellator observet.* Ihn bestätigt der

---

[1]) Vgl. dazu Zachariä in dieser Zeitschrift VIII 31.

[2]) Zachariä, Krit. Vierteljahrschrift XVI 232 hält die Worte für echten, aber im Codex repetitae lectionis gestrichenen Text.

[3]) Zu dieser Stelle vgl. noch unten S. 94.

Theodosianus 3, 32, 2. Dagegen haben die Basilica 9, 1, 110: *ὁ ἔπαρχος τῆς πόλεως σὺν τῷ κοιαίστωρι ἀκούει*; diese Zuziehung des Quaestor gehört dem späteren Recht an.

Auch eine Reihe erläuternder Bemerkungen, mit *τουτέστιν* eingeleitet, welche sich im *κατὰ πόδας* finden, werden nachträgliche Einschiebungen sein.[1])

So z. B. zu Cod. 2, 1, 8 (Basil. 7, 19, 21 *τουτέστι παρὰ τοῦ ἐναγομένου*), 2, 4, 23 (Basil. 11, 2, 40 *τουτέστιν εἰ μὴ ἐγγυήσω αὐτόν*), 2, 12, 15 (Basil. 8, 2, 89 *τουτέστι τὸ ἐξαργοράζειν* [*ἐξαγοράζειν*?], 2, 18, 20 (Basil. 17, 2, 20 *τοῖς ἀνωτέροις τουτέστιν τοῖς ἐπιτρόποις καὶ κουράτωρσιν*), 7, 2, 15 § 5 (Basil. schol. 48, 4, 70 *τουτέστιν ἐπαφρόδιτον*).[2])

Wie man bei den Erweiterungen des Textes in den Übersetzungen an Streichungen seitens der Kompilatoren gedacht hat, so hat man da, wo Thalelaeus weniger gibt als der lateinische Text, Zusätze der Kompilatoren angenommen. Daß auch darin Fehlschlüsse gemacht worden, dafür mögen folgende Beispiele dienen.

Der Schluß der in den Cod. 1, 1, 4 aufgenommenen Konstitution lautete ursprünglich so[3]): *ceteri etiam huiusmodi criminis rei de hac sacratissima urbe pellentur pro vigore iudiciario etiam competentibus suppliciis subiugandi*. Damit stimmt die griechische Übersetzung in den Akten des Konzils von Chalcedon. Im Codex ist der Text erweitert durch Einschiebung der Worte *si quidem liberi sint* hinter *rei* und durch den Zusatz am Schluß: *sin vero servi, severissimis animadversionibus plectentur*. Dem entspricht der Index des Thalelaeus in den Basilica 1, 1, 4: *οἱ δὲ λοιποὶ τῷ τοιούτῳ ἐγκλήματι ἐνεχόμενοι, εἰ μὲν ἐλεύθεροί εἰσιν, ἐκ ταύτης τῆς ἱερωτάτης πόλεως ἐξορίζονται, ἰσχύι δὲ τῇ καταδικαστικῇ καὶ ταῖς ἁρμοζούσαις τιμωρίαις ὑποκείσονται· εἰ δὲ δοῦλοι, χαλεπωτέραις τιμωρίαις κολάζονται*, wobei nur die Worte *si quidem liberi sint* als aus dem Schluß sich von selbst ergebend

---

[1]) Daß der Schluß von Basil. 60, 3, 61 = Cod. 3, 35, 4 (*χρὴ οὖν* usw.) nicht zum Index gehört, sondern Anmerkung des Thalelaeus ist, bemerkt das Scholion *Ζήτει*.

[2]) Zachariä, Zeitschrift der Sav.-St. VIII 28.

[3]) Überliefert durch die Collectio canonum Quesnelliana.

weggelassen sind, und dieser Text wird in der Synopsis[1]) noch weiter so verkürzt: *οἱ δὲ λοιποὶ κατὰ τὴν οἰκείαν τάξιν τιμωρείσθωσαν.* Anders beurteilt Zachariä[2]) die Abweichungen der ebengedachten Indices von den Codex-Handschriften: er will in jenen den ursprünglichen Text wiedererkennen; aber daß eine Verkürzung vorliegt, zeigt die Weglassung der Vertreibung aus der Hauptstadt, welche zum Urtext gehört.

Irreführend ist wohl auch die scheinbare Übereinstimmung des Codex Theodosianus 16, 10, 24 a. E. mit dem Index (B). Statt der Worte des Justinianus *si non ipsi talia vindicent, sed fieri a popularibus hoc permiserint* hat ersterer lediglich *si fieri permiserint* und der Index *εἰ ἐπιτρέψουσίν τι τοιοῦτο γενέσθαι.* Aber *τι τοιοῦτο* gibt das im Theodosianus fehlende *hoc* wieder; es könnte daher eine Verkürzung des justinianischen Textes durch Weglassung der sachlich überflüssigen Worte *non ... sed* vorliegen und dadurch eine zufällige Übereinstimmung mit Th. hervorgerufen sein.

In Cod. 3, 36, 23 (a. 294) findet sich der in den Digesten vielfach wiederkehrende justinianische Zusatz, daß der Beweis abweichender Willensmeinung vorbehalten bleibe (*si non contrarium convenisse probaretur*). Daß derselbe im Index des Thalelaeus[3]) nicht erwähnt wird, ist nicht aus Benutzung einer älteren Übertragung des Textes herzuleiten, sondern durch die Verkürzung der Wiedergabe des Originals veranlaßt.

Im Gegensatz zu diesen Stellen mag hier ein Beispiel dafür angeführt werden, wie in der lateinischen Überlieferung Kürzungen des justinianischen Textes vorgenommen worden. Zu Cod. 2, 4, 36[4]) sind die Worte *cum liberis*, welche in den

[1]) Praefatio (ed. Zachariä) S. 21.

[2]) Zeitschrift der Sav.-St. VIII 9.

[3]) Basilica 42, 3, 78: *τὸ μὲν τοῦ δανειστοῦ δίκαιον οὐ μειοῦται, πλὴν ἐὰν εἷς ἐξ αὐτῶν παρὰ τὰ συμφωνηθέντα ποίῃ μὴ ἐπερωτηθείς, τῇ πραεσκρίπτις βέρβις ἐνάγεται.* Auch der Index des Theodorus übergeht den Vorbehalt.

[4]) *Si cum liberis maior viginti quinque annis transegisti, quamvis dari tibi placita repraesentata necdum probentur, nec offerant haec qui conveniuntur, ne quid amplius ab ipsis exigi possit, exceptionis aequitas proficit.*

Codex-Handschriften fehlen, aus dem *κατὰ πόδας*[1]) und dem *πλάτος* (= Basilica 11, 2, 53) ergänzt. Die Anmerkung von Thalelaeus[2]) sagt dazu, der ursprüngliche Text des Reskripts hätte begonnen: *si cum servis transegisti*, und warnt davor *liberi* auf *τέκνα* zu deuten. Nachdem also der Gegensatz weggefallen, konnten die obigen Worte nur irreführend wirken und sind deshalb in der lateinischen Überlieferung ausgemerzt.[3])

Nachdem so die Bedenken gegen die Beweiskraft der Abweichungen des Thalelaeus-Kommentars von der lateinischen Überlieferung hervorgehoben worden, mögen nun noch einige Bemerkungen nach der entgegengesetzten Seite hin Platz finden.

Sichere Beweise für die Benutzung älterer Bearbeitungen bieten zunächst diejenigen Stellen des Kommentars, in welchen der von Justinian geänderte Text des Theodosianus in der ursprünglichen Fassung wiedergegeben ist. Dahin gehört z. B. der Text der Basilica 19, 10, 84 (von Zachariä aus der *Πεῖρα* ergänzt) = Cod. 4, 44, 15, wo die von den Kompilatoren mit Recht gestrichenen Worte *atque administrandis facultatum suarum curis idoneus comprobatus* wiederkehren.[4]) Außerdem läßt Thalelaeus das von den Kompilatoren mit Rücksicht auf c. 2 eod. eingefügte *paulo* vor *vilioris pretii* weg, während er andererseits hinsichtlich der Streichung der Worte *etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est* und *in reliquum* dem justinianischen Texte folgt.

Ein weiteres Beispiel bietet Cod. 7, 65, 5 pr., wo hinter den Anfangsworten *Ab exsecutione appellari non posse satis et iure et constitutionibus cautum est* der Theodosianus fortfährt: *ita ut appellantem etiam nostris sanctionibus statuta multa compescat.* Diese Worte, welche der justinianische Text nicht hat, sind im *κατὰ πόδας* [5]) übersetzt; andererseits folgt es diesem in Weglassung der in § 3 hinter *articulo* ge-

---

[1]) Im Scholion *Σημείωσαι.* [2]) Scholion 1.

[3]) Zachariä Zeitschrift der Sav.-St. VIII 32 denkt an Streichung im Codex vom Jahre 534.

[4]) Riccobono, Valore S. 10. [5]) Basilica 9, 1, 146.

strichenen Worte des Theodosianus: *ex his dumtaxat causis, ex quibus recipi iussimus provocationem.*

Eine Mischung justinianischen und ursprünglichen Wortlauts tritt uns ferner in der Wiedergabe von Cod. 3, 42, 8[1]) entgegen. Die Interpolation zu Anfang der Stelle '*commodavit aut*' *deposuit* ist mit *ἔχρησον ἢ παρέθηκεν* aufgenommen[2]); der Schluß der Stelle *si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto, contra quem supplicas, actionem 'stricto iure' habere: 'utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio'* lautet bei Thalelaeus: *εἰ δὲ μήτε κατὰ τὸ πολιτικὸν μήτε κατὰ τὸν πραίτωρα αὐτὸν ἐκληρονόμησας, οὐδεμίαν ἀγωγὴν ἔχεις κατ' αὐτοῦ, καθ' οὗ ἐδεήθης, ἀπὸ τῶν τοιούτων συμφώνων*, also die Zusätze *stricto iure* und *utilis* usw. fehlen.[3])

Zu den unsicheren Beweisen für Benutzung der vorjustinianischen Fassung gehört dagegen die von Riccobono, Valore S. 7f. und Tracce S. 160f. angeführte Stelle aus Harmenopul 2, 1, 35:

Ὁ κακῇ πίστει ξένον οἶκον κρατῶν καὶ νεμηθεὶς ἀποδίδωσι τῷ κυρίῳ τοῦτον αὐτὸν μετὰ πάντων, ὧν εἰς βελτίωσιν τοῦ οἴκου ποιήσῃ, τὰς δὲ ἐξόδους οὐ λαμβάνει.

Riccobono sieht darin eine Wiedergabe von Cod. 3, 32, 5[4]), welche den interpolierten Schluß der Konstitution

---

[1]) Basilica 15, 4, 28; vgl. oben S. 90

[2]) In § 1 ist nur noch von *deponere* die Rede; vgl. Siber, Passivlegitimation S. 78, Bullettino XIX 80.

[3]) Daß die justinianische Änderung, wie Eisele, Beiträge S. 81 vermutet, bei der Aufnahme in die Basilica wieder ausgemerzt worden, läßt sich gegenüber dem Festhalten des neuen Rechtszustandes in anderen Stellen der Basiliken, wie insbesnndere in Cod. 5, 14, 7 = Bas. 29, 5, 37, nicht halten.

[4]) *Domus, quam ex materna successione ad te pertinere et ab adversa parte iniuria occupatam esse ostenderis, praeses provinciae cum pensionibus, quas percepit vel percipere poterat, et omni causa damni dati restitui iubebit. Eius autem quod impendit rationem haberi non posse merito rescriptum est, cum malae fidei possessores eius quod in rem alienam impendunt, non eorum negotia gerentes quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumptus fecerint: sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.* Über die Interpolationen in dieser Stelle vgl. Ferrini, Pandette 438, 2; Riccobono, Bullettino 9, 244 f.

weglässt. Diese Beziehung ist nicht wahrscheinlich, da Harmenopul schon kurz vorher (2, 1, 6) folgenden der Konstitution entsprechenden Satz gibt:

Ὁ τὸν ἀλλότριον οἶκον κακῇ (die Ausgabe hat *καλῇ*) *πίστει νεμηθεὶς ἀποδίδωσι μὲν αὐτὸν μετὰ τῶν στεγονομίων καὶ πάντος ἑτέρου, τὰ δὲ δαπανήματα οὐ λαμβάνει, εἰ μὴ ἄρα ἀναγκαῖά εἰσι· τὰ δὲ ἐπωφελῆ δύναται μὴ βλάπτων τὴν ἀρχαίαν ὄψιν ἀφελέσθαι.*

Dieser Text ist aus den Basiliken (15, 1, 85 Zach., vgl. Synopsis D. 1, 5; E. 8, 13) entlehnt, also aus dem Index des Thalelaeus zu unserer Konstitution. Woher Harmenopul die erste Stelle entlehnt hat, kann ich nicht feststellen.[1])

Mit dem Gesagten werden alle wesentlichen Gesichtspunkte für die Beurteilung des Thalelaeus-Kommentars klargestellt sein. Möge nun eine gleiche Bearbeitung den übrigen byzantinischen Kommentaren der Digesten und des Codex zuteil werden, in denen Spuren vorjustinianischen Wortlauts vermutet werden.

Ende August 1914.

---

[1]) Heimbachs Angabe zu Harmenopul, daß sie in Synopsis XV 1, 61 S. 158 stehe, bezieht sich auf die Ausgabe der Synopsis von Leunclavius 1575, welcher die Einteilung der Synopsis nach der Reihenfolge des Alphabets aufgelöst und die einzelnen Stellen entsprechend der Einteilung der Basiliken geordnet hat.

III.

Briefe Savignys an Georg Arnold Heise.

Herausgegeben von

Herrn Professor Dr. **Otto Lenel**

zu Freiburg i. Br.

Die freundschaftlichen Beziehungen Savignys zu G. A. Heise, dem Verfasser des berühmten Grundrisses, zweifellos einem der bedeutendsten Rechtslehrer und Praktiker seiner Zeit, sind bekannt. Einige von den hier abgedruckten Briefen sind bereits in Heises von seinem Schwiegersohn W. v. Bippen verfaßter Biographie[1]) veröffentlicht. Die Kenntnis der ganzen Reihe verdanke ich der Freundlichkeit eines Urenkels Heises, des stud. iur. Hugo v. Bippen, den ich im Sommersemester 1914 zu meinen Zuhörern zu zählen die Freude hatte. Die Briefe sind selbstverständlich nicht alle von gleicher Bedeutsamkeit. Aber nicht nur wäre eine Auswahl schwer zu treffen gewesen, sondern was sie in ihrer Gesamtheit zur Kenntnis des Wesens und der Beziehungen der beiden Männer beitragen, scheint mir auch durchaus wichtig genug, um die Veröffentlichung aller Briefe zu rechtfertigen. Wie liebenswürdig erscheint z. B. die unerschöpfliche Geduld, mit der Savigny immer wieder sich bemüht, aus dem im Briefschreiben saumseligen Freund bald durch freundliche Mahnung, bald durch Scherz und Witz (den man bei Savigny nicht erwartet) eine Antwort herauszulocken! Wie interessant ist der Bericht, den Savigny in Nr. 24 über die Ziele und die ganz modern anmutende Methode seiner Vorlesungen erstattet! Wie charakteristisch sind die gelegentlichen Urteile über Zeitgenossen (z. B. über Mittermaier in Nr. 25: „Aus Mittermaier wird schwerlich je etwas werden“)! Auch uns schon bekannte Tatsachen treten durch die Briefe in helleres Licht. So hatte z. B. schon v. Bippen (S. 216)

[1]) Georg Arnold Heise, Mitteilungen aus dessen Leben. Halle 1852. Im folgenden nur mit dem Namen des Verfassers angeführt.

berichtet, daß Savigny den Freund für eine Berliner Professur zu gewinnen suchte; aber erst aus diesen Briefen erfahren wir, wie ungemein groß der Wert war, den Savigny für die Universität und für sich selbst auf Heises Kollegenschaft legte, und das ist um so bemerkenswerter, als Savigny bei seinem nahen Verhältnis zu Heise unmöglich verborgen geblieben sein kann, daß, bei aller Gründlichkeit von Heises Quellenkenntnis und Quellenstudium, doch dessen Befähigung und Neigung ihn sehr entschieden nach der praktischen Seite der Rechtswissenschaft zog. Auch das ist längst bekannt, daß Savigny nach Heises Grundriß las und an den Änderungen der folgenden Ausgaben beteiligt war, — Heise selbst hebt dies hervor; aber wie intensiv Savignys Mitarbeit war, ergeben doch wieder erst unsere Briefe.

Sehr erwünscht wäre es mir gewesen, die Korrespondenz durch den Abdruck auch von Heises Briefen an Savigny vervollständigen zu können. Das war mir leider nicht möglich. Vielleicht, daß sie alle oder zum Teil noch da oder dort im Privatbesitz vorhanden sind. Im Nachlaß Savignys finden sie sich, wie ich durch Nachfrage bei der Berliner Bibliothek festgestellt habe, nicht. Eine interessante Briefstelle, die v. Bippen S. 94 abdruckt — sie bezieht sich auf die Bedingungen der Berufung nach Heidelberg —, dürfte ihm vermutlich noch von Savigny selbst mitgeteilt worden sein.

Zur Orientierung der Leser, denen v. Bippens Biographie nicht zur Hand ist, schicke ich dem Abdruck der Briefe einige Angaben über die Entstehung der Beziehungen zwischen Savigny und Heise voraus. Savignys erste Bekanntschaft mit Heise datiert aus dem Frühjahr 1800; damals hielt sich jener längere Zeit in Jena auf und lernte den dort studierenden, noch nicht ganz 22jährigen Heise im Hause Hufelands kennen.[1]) Heises Wunsch, einen in Marburg studierenden Freund zu besuchen, führte ihn dann im Frühling 1801 auf mehrere Wochen nach Marburg; er hat von der so gebotenen Gelegenheit, in Savignys Vorlesungen zu hospitieren und die angeknüpfte Bekanntschaft

[1]) v. Bippen S. 39.

zu erneuern und zu vertiefen, sicherlich Gebrauch gemacht.[1]) Der Brief Nr. 1 ist wenige Wochen nach Heises Abreise von Marburg geschrieben und nach Wetzlar adressiert, wohin er von dort aus gegangen war; er zeigt Savigny mit Heises genauer Adresse bekannt und bekundet in seinem ganzen Ton, daß bereits ein näheres Verhältnis zwischen den beiden jungen Leuten bestand. Auch der Brief Nr. 2, worin Savigny für die Übersendung von Heises Dissertation (Heise hatte am 16. Januar 1802 promoviert) dankt, bestätigt dies. Heise wurde schon am 1. März 1802 zum außerordentlichen Beisitzer im Göttinger Spruchkollegium ernannt[2]) und hielt seit Ostern 1803 regelmäßige Vorlesungen an der Universität, die großen Beifall fanden.[3]) Als Savigny im Frühjahr 1804 mehrere Wochen hindurch in Göttingen Aufenthalt nahm, um die Göttinger Bibliothek zur Vorbereitung seiner wissenschaftlichen Reise nach Paris zu benutzen, wohnte er während dieser Zeit bei Heise als „Stubenbursche“ (Brief Nr. 17). Wie groß Savignys Hochschätzung für Heise schon damals gewesen sein muß, beweist der Umstand, daß er es war, auf dessen Betreiben die badische Regierung Heise bald darauf an die Universität Heidelberg berief[4]) (vgl. die Briefe Nr. 5—9, dazu v. Bippen S. 92f.). Von da ab haben sich die beiden Freunde, soweit das mir zugängliche Material erkennen läßt, nur mehr ganz vorübergehend gesehen. Ein Aufenthalt Savignys in Heidelberg gegen Ende 1805 war so kurz und so mit Besuchen überlastet, daß zu näherem Verkehr mit Heise keine Zeit blieb (Brief Nr. 12). Dann sind sie erst wieder in Göttingen, wohin Heise 1814 zurückberufen worden war, miteinander zusammengetroffen: im Herbst 1815 kehrte Savigny dort auf einen Tag bei dem Freunde ein, und dieser hat dann (nach v. Bippen S. 186) zur Erwiderung dieses Besuchs um Ostern 1816 einige Tage in Berlin zugebracht. Seit 1818

[1]) v. Bippen S. 60 läßt dies dahingestellt.

[2]) v. Bippen S. 75.

[3]) v. Bippen S. 82. Ein Privatissimum über Reichsprozeß hatte er schon 1802 gehalten (daselbst S. 76).

[4]) Kurz zuvor hatte Heise einen auf Anregung Thibauts zurückgehenden Ruf nach Jena abgelehnt und im Zusammenhang damit in Göttingen eine außerordentliche Professur erlangt (v. Bippen S. 84 f.).

scheint auch die Korrespondenz eingeschlafen zu sein (der letzte unten abgedruckte Brief datiert vom Mai 1818). Die Schuld daran, wenn hier von Schuld zu reden ist, liegt wohl auf seiten Heises, der, wie schon erwähnt, sich nur schwer zum Briefschreiben brachte. Auch wird der Übergang Heises zur Praxis[1]) die zur Korrespondenz treibenden Berührungspunkte zwischen den Freunden vermindert haben.

1.

An Herrn Dr. Heise zu Wezlar
im v. Frohnschen Hause wohnhaft.

Marburg 17. Juni 1801.

Ich würde Anstand nehmen, Ihnen, lieber Heise, mit der Bitte lästig zu fallen, die den Gegenstand dieses Briefs ausmacht, beträfe nicht diese Bitte die civilistische Litteratur.

In oder neben dem Hause nämlich, in welchem sich Werther erschossen hat, d. h. gegen der reformirten Kirche über in Wezlar, wohnt ein Jude Namens Budge, welcher Cujacii opera ed. Neap., 11 vol. in F., besitzt. Diesem Juden habe ich auf besagtes Werk folgende Bücher geboten:

Fabers alte Staatscanzley,
Electa jur. pub.
Lünigs europ. Staatscanzl.
— litterae procerum,

welche zusammen gegen 100 Rth. im Laden kosten, da der Cujaz nur 50 Rth. gilt. Da nun mein Gebot nichts hat verfangen wollen, so nehme ich Ihre Beredsamkeit in Anspruch, deren Thema hauptsächlich die absolute Schlechtigkeit civilistischer Bücher seyn müßte. Sollte aber die jüdische Brust gegen alle oratorische Würkung verhärtet seyn, so wollte ich wohl den oben genannten Büchern noch 5 ganze Jahrgänge des Moserschen Staatsarchivs (20 Rth. Ladenpreis) dazu legen: ja selbst das ganze alte Mosersche Staatsrecht (50 Th. in 4.) wäre mir nicht zu fest ans Herz gewachsen, als daß ich es mit dem genannten Staatsarchiv hinzugeben

[1]) Er trat 1818 als vortragender Rat in das Hannoversche Justizministerium ein und übernahm 1820 das Präsidium des neugegründeten Lübecker Oberappellationsgerichts.

mich entschlöße, dagegen ich aber in diesem (schlimmsten) Fall die oben genannten Bücher ganz oder zum Theil zurück behielte. Vielleicht läßt sich, wenn das alles nichts hilft, der Jude durch ein weniges an Geld, neben einigen jener Bücher, gewinnen. Es liegt mir sehr viel an der Sache und ich würde mich doppelt freuen, wenn ich immer bey Cujaz an Sie denken müßte, d. h. recht oft, und bey Ihnen an Cujaz, d. h. recht gern.

Hier haben wir seit 3—4 Tagen Feuer im Ofen, was Livius ohne Zweifel unter die prodigia hujus anni setzen würde, schriebe er unsre Geschichte.

Leben Sie wohl. Ganz Ihr

Savigny.

2.

Marburg, Febr. 1802.

Ich kann nicht warten, lieber Heise, bis ich Ihnen etwas mehr über Ihre Dissertation[1]) zu sagen im Stande seyn werde, als meinen herzlichen Dank, mit dem Sie sich denn vor der Hand begnügen mögen. Ihre Klage, daß man bey jeder detaillirten Arbeit durch die Vorarbeiten so sehr zurückgesetzt werde, wird jeder begründet finden, der selbst zu arbeiten versucht hat: nur das kann ich Ihnen nicht ganz zugeben, daß es zu beklagen ist. Insofern es sich auf Notizen bezieht, die für sich ganz fertig geliefert werden können, unabhängig vom ganzen System (wie z. B. die fasti Coss., die Chronologie überhaupt etc.), — gut. Aber das meiste wird nicht von dieser Art seyn, es wird darauf beruhen, daß jeder, der sich überhaupt um einen eigenthümlichen Standpunkt in seiner Wissenschaft bemüht, den größten Theil des Wegs auf seine Art gehen wird, und anders als die übrigen, so daß ihm die besten Arbeiten der übrigen selten als systematische Vorarbeiten dienen können. Diesen letzten Umstand nun kann ich keinesweges beklagen, denn er ist mit der Natur der Wissenschaft überhaupt eins und dasselbe. So kann man wohl sagen, daß, je systematischer ein Gelehrter denkt, desto weniger seine einzelnen Arbeiten verstanden werden können.

---

[1]) Sie handelte de successoribus necessariis (v. Bippen S. 62).

Die Abhandlung über die L. 3. C. unde liberi interessirt mich gar sehr: da ich sie indessen vor der Hand zu keinem äußern Zweck gebrauchen kann, so wünschte ich sie nicht eher zu haben, als sie von Ihnen ohnehin, d. h. ohne Rücksicht auf mich, in einer freyen Stunde wird niedergeschrieben worden seyn.[1])

Auf Burgermeisters Werk[2]) hatte ich zwar schon Commission gegeben, freute mich aber nicht weniger Ihrer gütigen Erinnerung.

Was man erleben muß! im December der A. L. Z. wird die Schrift von Schulthes über die Testamentsmündigkeit — sehr gelobt, und namentlich seine Erklärung der Worte[3]): pridie Kalendarum . . . post sextam horam noctis durch: den ersten Januar, das sey nämlich die Zeit nach der sechsten Nachtstunde des 31ten Decembers!

Wissen Sie, daß ein gewisser Dr. Neuber in Jena auf Ostern eine Geschichte des Pandectentextes herausgeben will? er hat es hierher geschrieben. Wissen Sie ferner, daß Gros[4]) den Ruf an Kleins Stelle ausgeschlagen hat, um als Landschaftssecretär nach Stuttgard zu gehen? dieses hat Meusel geschrieben. Thibaut wird, glaube ich, viel Glück in Jena machen, mehr als Feuerbach.

Jetzt eine Bitte. Ihr Vetter, der mir Ihre Diss. brachte, sagte mir, daß Hugo über seine Chrestomathie von Beweisstellen für das heutige R. R. lese. Sie steht freylich auch im Lectionscatalog, aber durch den Buchhandel habe ich vergebens gesucht sie zu erhalten. Wollten Sie mir wohl das Werk mit der Post zuschicken, und die Auslage für mich besorgen?

Vielleicht haben Sie Zeit, mir mit zwey Worten etwas von Ihnen und dem Fortgang Ihres Plans zu erzählen,

---

[1]) Zu dieser Niederschrift ist es nicht gekommen. Jedenfalls ist die Abhandlung nicht veröffentlicht.

[2]) Es gibt zwei Juristen dieses Namens, Johann Stephan und Wolfgang Paul. Gemeint ist wohl ein Werk des ersteren.

[3]) Aus D. 28, 1, 5. Zu den obigen vielbestrittenen Worten äußert sich Savigny, System IV S. 382.

[4]) Der Naturrechtslehrer; vgl. über ihn Landsberg, Gesch. d. d. R W III[1], S. 518 f., Noten S. 321 f.

wonach ich verlange. Auch wäre ich sehr begierig zu wissen, warum das civilist. Magazin eigentlich so langsam geht, und ob nicht bald wieder etwas davon zu erwarten ist? sind Sie mit Hugo genau bekannt?

Den Brief an Winkelmann lassen Sie wohl bestellen. Leben Sie wohl und bleiben Sie mir gut.

Savigny.

3.

Herrn Doctor Heise zu Göttingen.

Marburg 14. Nov. 1802.

Das ist schön lieber Heise, daß Sie lesen. Glück und Segen dazu.

Schotten hat mir Ihren Brief überbracht. Er gefällt mir für die kurze Zeit, die ich ihn kenne, sehr wohl, und ich danke Ihnen für seine Bekanntschaft.

Freilich wünsche ich noch immer die Abhandlung über L. 3. C. unde lib. in Händen zu haben und werde noch immer dankbar dafür seyn.

Auf Ostern werde ich wohl als Schriftsteller auftreten: davon wohl ein andermal. Für jetzt aber wie für immer

Ihr aufrichtiger Freund
Savigny.

4.[1])

Trages[2]), 27. April 1804.

Ich habe den Auftrag, Sie, lieber Heise, zu fragen, ob Sie Sich entschließen könnten, in Heidelberg das ius canon. protest. zu lesen, und welches Ihre Bedingungen sind? Geben Sie mir bald über beides Auskunft. Daß Sie nebenher alles Andere lesen dürften, versteht sich von selbst. Auf jeden Fall schicken Sie mir von Ihrem Programm, so wie es erscheint, 6—8 Exemplare. Über jene Frage schreiben Sie mir recht bestimmt Ihre Meinung, auch darüber, was Sie mehr oder weniger gern annehmen und tun würden; ich kann dann ab- und zuthun.

---

[1]) Dieser Brief, abgedruckt bei v. Bippen S. 92, fehlt in dem mir mitgeteilten Material.

[2]) Gut Savignys bei Gelnhausen.

5.[1])

Trages 3. Jun. 1804.

Ich eile, lieber Heise, Ihnen beyl. Brief von Hofer[2]), den Sie mir aber zurück schicken müssen, zuzusenden. Dabey muß ich Ihnen nur gleich eine kleine Verrätherey gestehen: ich habe von Ihrer Bedingung, bis Ostern in Göttingen zu bleiben, nichts gesagt, indem ich gewiß glaube, daß Sie von dieser Bedingung noch abgehen werden: ist das nicht der Fall, so ist durch mein Stillschweigen wenigstens nichts verdorben. Es hängt nun ganz von Ihnen ab, ob Sie Ihre Antwort unmittelbar, oder durch einen produciblen Brief an mich nach Carlsruhe wollen gelangen lassen.

Auf einer Reise nach Wirzburg, die ich in den letzten Tagen gemacht habe, ist mir wieder eine neue Aussicht für Sie eröffnet worden. Hufeland sagte mir nämlich, daß der Professor des Lehenrechts Behr hectisch sey und nicht mehr lange leben werde. Zugleich fragte er mich (wahrscheinlich auf Rücksprache mit dem Curator), ob Sie auf diesen Fall den Ruf annehmen würden. Überlegen Sie nun, inwiefern darauf Rücksicht zu nehmen ist. Eines kommt dabey noch in Betracht: der dortige Pandectist Schmiedlein wird wahrscheinlich die akademische Laufbahn in Kurzem verlassen.

Für Ihre feuda ist in Wirzburg zweyerley: eine Handschrift aus dem 13. oder 14. Jahrh. und die ed. Venet. 1477. 16. Jan. per Jacobum rubeum Gallicum: beides enthält das ganze volumen also nur unter andere die feuda. Einzelne Stellen würde Ihnen Hufeland vergleichen können, aber ich zweifle auch nicht, daß Sie die Sachen selbst nach Göttingen bekommen könnten.

Schlagen Sie doch auf der Bibliothek nach: nouveau traité de diplomat. Tom. 3 P. 2 pag. 294 und geben Sie mir genaue Nachricht von der daselbst beschriebenen

---

[1]) Bis auf Eingang und Schluß schon bei v. Bippen S. 92 f. veröffentlicht, wo auch über die weiteren Verhandlungen berichtet wird.

[2]) Badischer Geheimer Referendär, Referent in Kuratorialangelegenheiten.

Pariser Handschrift der Novell. Theodos.; sehen Sie doch besonders nach, ob die Handschrift in der Bibl. selbst die Nummer 4420 führt.

Es ist ganz unverantwortlich, daß ich Ihr Programm noch nicht habe: geschwind schreiben Sie es, wenn es noch nicht geschehen ist. Doch lassen Sie mich in diesem Fall nicht zugleich auf eine Antwort warten, solange das Programm nicht fertig ist, was ich beynahe fürchte. Grüßen Sie alle Bekannten herzlich und vergessen Sie nicht

Ihren Freund

Savigny.

6.

Trages den 11. Jul. 1804.

Ihren Brief vom 2. d. habe ich gestern erhalten. Glauben Sie nicht, daß ich die Gründe, die Sie den ferneren Aufenthalt in Göttingen vorzuziehen bestimmen, verkenne oder misbillige, aber was Sie mir in jenem Briefe schreiben, hat mir dennoch herzlich leid gethan. Sie versicherten mich und Hofer neulich, daß Sie nicht fordern würden, und daß selbst ein freywilliger Antrag Sie nur dann sollte halten können, wenn er gleiche Bedingungen wie die in Heidelberg enthielte. Da Sie einmal forderten, so sehe ich freylich ein, daß Sie nicht mehr fordern konnten; aber warum mußten Sie es überhaupt thun? und warum mußten Sie sich von Heyne dazu bestimmen lassen, der doch auf Ihren Entschluß selbst unmöglich Einfluß haben konnte? Doch vielleicht macht die jezige Lage des Landes meine Besorgnisse überflüssig, und ich werde dann an der erfreulichen Veränderung Ihrer Lage um so ungestörteren Anteil nehmen können.

Ich habe wieder eine literarische Bitte an Sie. Ambrosius Camaldulensis[1]) soll in seinen Briefen sagen, daß er den Julian unter dem Titel: Joannes Consul de variis quaestionibus zu Mantua gefunden habe: Augustinus Camaldulensis soll in der Biographie des Ambros. dieses bestätigen. Beides wird von einem älteren Schriftsteller aus einem Vatikanischen Ms. citirt. Nun wünsche ich zu wissen, ob in den neuesten und besten Ausgaben der Briefe

---

[1]) Savigny, Gesch. d. R. R. VI S. 422f.

jenes Ambros. beide Stellen aufgenommen sind und wie sie lauten. Ein gutes Register wird Ihnen leicht Aufschluß geben. Fehlen die Stellen, so muß das Ms. zu Rath gezogen werden. Die Sache ist nicht unwichtig.

Adieu, lieber Heise, schreiben Sie mir bald und leben Sie wohl.

Savigny.

7.[1])

Trages 4. Aug. 1804.

Ich kann Ihnen nicht sagen, lieber Heise, wie herzlich mich die Nachricht gefreut hat, daß Sie nun gewiß nach Heidelberg gehen. Mögen Sie es mit recht frischem jugendlichen Muthe thun, und mögen Sie sich dort Ihres Eifers und seines Erfolgs auf eine andere Art freuen, die in Göttingen auch bey dem glänzendsten Beyfall unmöglich ist.

Schreiben Sie nur sogleich an Creuzer, der Ihnen gewiß mit Freuden alles besorgen wird.

Wie wäre es, wenn Sie Ihre Authentiken noch in G. ausarbeiteten, und dann gleich bey Ihrer Ankunft in H. als Antrittsprogramm drucken ließen? überlegen Sie das.

Ihre Rec. des Glück[2]) finde ich gar nicht zu gelinde: indessen merkt man doch, daß hin und wieder lindernde Änderungen hinzugekommen sind, hauptsächlich der Totalblick über das Ganze scheint darunter gelitten zu haben. Aber es freut mich, daß Sie ihm seine Flecken so gezeigt haben. Meine Rec. finden Sie in der Jenaer L. Z., wohin sie schon vor 6 Wochen abgegangen ist.

Hierbey etwas für Reuß.

Ist der Wein noch nicht angekommen?

Ihre neue Meinung über das civiliter non possidere will mir nicht einleuchten. Gerade was den allgemeinen Grundsatz betrifft, ist L. 1 § 1 de his qui sui mehr für als gegen die Ableitung aus dem jus civile, wenn man, wie billig, adquiritur liest. Gehörte dieser Grundsatz in das jus gen-

---

[1]) Schon bei v. Bippen S. 104 f. veröffentlicht.

[2]) Gemeint ist die in den Gött. GA von 1804 Stück 162 erschienene Rez. von Glücks hermen.- system. Erörterung der Lehre v. d. Intestaterbfolge. Savignys Rez. findet sich in der Jenaischen ALZ vom August 1804 (S. 226 f.) unter der Chiffre RdB (Recht des Besitzes?).

tium, so könnte ich mir durchaus nicht denken, daß seine einfache Anwendung auf ein einzelnes Vermögensrecht (possessio) jus civile seyn sollte, da es dazu einer blos logischen Folgerung und keines juristischen Raisonnements bedurfte. Das einzige, was ich gegen die Benutzung unsrer Ideen in der Rec. einzuwenden hätte, wäre das, daß mir in Zukunft, wenn ich sie in dem Besitz brauche, ein Plagiat vorgeworfen würde: aber Sie werden das nicht thun, und außer Ihnen hat Niemand Beruf dazu.

Adieu, lieber guter Heise, schreiben Sie mir bald und behalten Sie lieb

Ihren Savigny.

Herzlichen Dank für die Nachricht über den Ambrosius, die mir eine große Mühe im Vatikan erspart.

8.[1])

Heidelberg 13. Sept. 1804.

Hoffentlich haben Sie nun meinen lezten Brief mit den zwey Dissertationen erhalten.

In Ihrer Collegiensache habe ich, wie Sie wissen, sogleich an Hofer geschrieben. Aus dem beyl. Auszug seiner Antwort werden Sie seine Privatmeinung, über welche ich mich aller Anmerkungen enthalte, kennen lernen. Hier ist die Sache im Senat vorgekommen. Gambsjäger hat für sich die Pandekten verlangt, Creuzer hat in Ihrem Namen protestiert, und deswegen ist der Entwurf des Katalogs der Curatel zur Entscheidung eingeschickt worden. Halten Sie sich also auf alle Fälle gefaßt.

In jeder Rücksicht aber wünschte ich, daß Sie bald hierher kommen, wo möglich schon in der Mitte des Oktobers oder noch früher, damit Sie noch Zeit haben, sich vor Anfang der Vorlesungen in allen Verhältnissen zu orientieren.

Nochmals bitte ich Sie recht angelegentlich um Besorgung der Recensionen. Die meinige ist schon nach Jena abgegangen. Es ist höchst nötig, daß über solche Leute den Herren die Augen aufgethan werden.

Leben Sie wohl und bleiben Sie mir gut.

Savigny.

---

[1]) Bis auf den ersten Satz schon bei v. Bippen S. 108.

N. S. Machen Sie ja, daß Ihr Programm bald erscheint, ich freue mich sehr darauf.

Sie haben hier einen recht wackeren Collegen zu erwarten, den alten Exjesuiten Kübel[1]), einen recht verständigen Mann, der sein canonicum gründlich zu besitzen scheint, und (was viel sagen will) noch mit jugendlichem Interesse an literarischen Gesprächen Theil nehmen kann.

9.

Heidelberg den 17. Sept. 1804.

Hierbey finden Sie einen Brief von Hofer, aus welchem Sie die Gesinnung und wahrscheinliche Entscheidung der Curatel genauer kennen lernen werden. [2])Heute wird der Katalog reguliert, und es werden Ihnen von Creuzer auf meinen Rath folgende Collegien hineingesetzt: 1) prot. Kirchenrecht 2) Inst. oder Pandekten, worüber Ihre Erklärung am schwarzen Brett erfolgen soll 3) ein civilistisches Exegeticum. Überlegen Sie nun, ob Sie Ihren Anschlag für das schwarze Brett sogleich einschicken oder selbst mitbringen wollen. Morgen gehe ich nach Carlsruhe, von da ich wieder hierher zurück komme. Leben Sie wohl. Von Herzen Ihr

Savigny.

N. S. Meines Erachtens warteten Sie mit Ihrer Erklärung bis Sie hier sind, kämen aber bald und sezten wo möglich die Pandekten durch, da dieses offenbar das dringendste Bedürfnis der Universität ist. Es wäre vielleicht besser gewesen, Sie hätten in Ihrem Brief an Hofer bestimmter darauf gehalten. Aus Gambsjägers Pandekten nur Einen passum, den ich selbst mit angehört habe: „die alten Römer haben die Fremden so sehr verfolgt, daß sie sie von ihren Reichstagen ausgeschlossen haben, ja sie haben sie so schändlich behandelt, daß sie einen eignen Prätor angeordnet haben, der sie nicht nach ihren majestätischen erhabenen Gesetzen, sondern nach dem Naturrecht beur-

[1]) Über dessen literarische Betätigung s. Hurter, Nomenclator litterarius (ed. III) p. 800.

[2]) Von hier ab schon bei v. Bippen S. 108 f.

theilen sollte." — Das alles indessen darf Sie durchaus nicht irre machen, denn ich stehe Ihnen dafür, daß die Neuen, wenn sie zusammenhalten, was gar nicht fehlen kann, schon jetzt das Übergewicht haben werden.

10.

Paris 19. März 1805.

Herzlichen Dank für Ihren Brief, lieber Heise: ich kann Ihnen jetzt nur über das nothwendige schreiben.

Zuerst die Authentiken. Haben muß ich Ihre Arbeit[1]), und in etwa zwey Monaten. Ob es besser ist, sie als ms. oder gedruckt hierher zu schicken, darüber bin ich selbst unschlüssig. Doch inclinire ich mehr zu dem augenblicklichen Druck, der auch in dieser Zeit leicht geendigt werden könnte. Es wäre doch gar schön, wenn Sie so bey Ihrem Eintritt in Heidelberg Ihr Glaubensbekenntnis über das alleinseeligmachende Quellenstudium öffentlich ablegten. Das aber wäre nach dem andern Plan unmöglich, denn alsdann ließen wir das Ding consequenterweise bis zum Ende meiner ganzen Reise liegen, was noch lange dauern kann. Dagegen können Sie (nach dem ersten Plan) alsdann das Programm als Büchlein vermehrt abdrucken lassen und dabey noch die Gedanken und Beyträge Anderer, z. B. Cramers, Haubolds, benutzen. Mir gefällt das besser. Überlegen Sie es. Auf jeden Fall aber schicken Sie mir in 2 Monaten oder früher Ihre Schrift und zwar wenn Sie sich nicht zum Druck entschließen wollen, so sehr als möglich geordnet und ins reine gearbeitet. Der Sicherheit wegen wäre es in diesem Fall wohl besser, wenn Sie mir nur eine Abschrift schickten, die Sie mir besorgen zu lassen die Güte hätten.

Daß Sie mich recensiren wollen, freut mich gar sehr, und ich bin mit jeder Art zufrieden: aber einen großen Gefallen thun Sie mir, wenn Sie die Rec. unverzüglich machen, den schleunigen Abdruck bewirken und mir sogleich ein Ex. verschaffen wollen. Denn nach Ostern wird

---

[1]) Niemals erschienen. Materialien vielleicht in Heises Nachlaß (v. Bippen S. 310 Z. 2).

die 2te Auflage gedruckt, und es wäre mir gar leid, wenn ich Ihre Rec. dabey nicht benutzen könnte. Schreiben Sie mir doch ja, ob ich darauf rechnen darf. Vielleicht dauert es auch noch etwas länger mit dem Anfang des Drucks.

Schicken Sie mir doch ja Ihre Rec. des Cuper. Wissen Sie nicht, ob ich in Leipzig und Berlin recensirt bin? — was machen Ihre feuda?

Schreiben Sie mir bald, lieber Heise, und behalten Sie in gutem Andenken Ihren

Savigny.

Gruß an Pätz und besonders an Ihre liebe Frau.

11.

Paris den 19. April.

Sehr eilig zwey Worte, lieber Heise.

Sie schrieben mir einmal von Göttingen wegen des Ambrosius Camaldulensis.[1]) Nämlich Suares sagt, dieser Ambr. habe zu Mantua den Julian gefunden unter dem Titel Joannes Consul. In den gedruckten Briefen steht der Joannes Consul, aber kein Wort vom Julian. Darüber haben Sie damals etwas bemerkt, und wenn ich nicht irre conjecturirt, was jezt mit vielem anderen verloren ist.[2]) Fällt Ihnen noch etwas davon ein, so schreiben Sie mir es, vielleicht führt es hier zu etwas.

Ferner: mein Besitz wird erst im Nachsommer gedruckt. Dennoch bitte ich Sie die Recension recht bald zu machen und auf den Abdruck zu dringen, damit es nicht zu spät wird.

Daß ich mich seit 8 Tagen einer Tochter zu erfreuen habe, wissen Sie wohl schon. Herzliche Grüße an Ihre Frau.

Ihr Savigny.

12.

Herrn Professor Heise.

Marburg 27. Nov. 1805.

Mein Aufenthalt in Heidelberg war so kurz, lieber Heise, und die vielen Besuche, die ich zu machen hatte, ließen mich

---

[1]) Vgl. Brief 6 u. 7 a. E. [2]) Vgl. Landsberg III[2] S. 196.

so wenig zu mir selbst kommen, daß ich gerade über Dinge, die mich am lebhaftesten interessirten, völlig unbefriedigt weggegangen bin. So ist es mir mit Ihnen ergangen, lieber Heise, und Ihre Regel, gar nicht oder wenig zu schreiben, läßt mir wenig Hoffnung zu einem Ersatz übrig, wenn Sie nicht einem guten Freunde zu gefallen einmal eine großmüthige Ausnahme von dieser bösartigen Regel machen wollen.

Hier ist eine kurze Übersicht der Dinge die ich am liebsten von Ihnen hätte wissen mögen, und denen also die Ausnahme gar gut zu statten kommen würde. Wie ist es Ihnen mit den Vorlesungen über die Pandekten gegangen? wie haben Sie sie eingerichtet? — arbeiten Sie noch an dem Lehenrecht? und wie steht es besonders mit dem Text der lib. feudorum? (ich könnte Ihnen manches literarische mittheilen) — oder, wenn Sie diese Arbeit aufgegeben haben sollten, welches andere Project ist an ihre Stelle getreten? — Sie sehen, ich frage nicht vieles; uneingedenk der Advocatenregel: petimus iniqua ut obtineamus aequa. Doch noch Ein Zusatz wird es hoffentlich nicht zur Iniquität bringen. Sie sagten mir schon in Göttingen, glaube ich, von einer Sammlung civilistischer Abhandlungen, die Sie demnächst herausgeben würden. Wie steht es damit?

Ihre Recension müßte ich nunmehr sehr bald haben, wenn sie mir zur zweiten Auflage zu gute kommen sollte, und ich wiederhole meine Bitte um eine wörtliche Abschrift. Haben Sie sie denn schon abgeschickt? und glauben Sie, daß sie bald gedruckt erscheinen wird?[1]) daß ihr nur nicht die zweite Auflage zuvor komme!

Von Ihrer Frau, die ich meiner Verehrung und Ergebenheit zu versichern bitte, sagen Sie mir hoffentlich recht gute Nachrichten. Martin und seine Frau grüßen Sie mir recht herzlich und erinnern Sie ihn an das Speculum Durandi. Mir aber bleiben Sie gewogen. Von Herzen der Ihrige

Savigny.

Grüßen Sie mir Thibaut u. seine Frau aufs freundlichste, ich werde ihm schreiben sobald ich ein wenig in Ruhe u.

[1]) Nie erschienen.

Ordnung bin. Sagen Sie mir ob sein Wohlgefallen an Heidelberg fortdauernd ist.

13.

An Herrn Professor Heise Wohlgb. zu Heidelberg.

Frankfurt den 21. Dec. 1807.

Ich muß den Heidelberger Jahrbüchern schon im voraus Dank wissen, lieber Heise, weil sie mir eine handgreifliche Bestätigung der erfreulichen Wahrheit veranlaßt haben, daß ich aus Ihrem Andenken nicht ganz verschwunden bin. Allein auch außer dieser persönlichen Rücksicht freut mich jenes Unternehmen gar sehr, weil es sich durch den reinen, uneigennützigen Willen der Unternehmer von seinen Collegen so schön unterscheidet. Mit Vergnügen nehme ich daher den Vorschlag an, den Sie mir machen, und werde Ihnen, sobald ich hier einigermaßen in Ordnung gekommen bin, thätige Beweise davon zusenden. Wir in unserem Fache sind jetzt doppelt verpflichtet, aus allen Kräften dem Untergang zu wehren, der eben ihm ganz besonders droht, und ich möchte Ihnen, lieber Heise, fast einen Vorwurf darüber machen, daß Sie bey den reinen und gründlichen Einsichten in die Methode unsrer Wissenschaft, die ich von Ihnen kenne, nicht mehr vor das Publikum bringen.

Ich komme zu den Jahrbüchern zurück, und muß Ihnen nun noch einige Zweifel und Bedenklichkeiten mittheilen. Zuerst habe ich noch keinen deutlichen Begriff von der Bestimmung der Abhandlungen, die damit verbunden werden sollen. Bey einem kritischen Institut giebt die Masse der gesammten Literatur oder einer Auswahl derselben die Einheit ab, welche den Begriff des Werks bestimmt. Eine solche Arbeit wird, weil sie die Kräfte eines Einzigen übersteigt, unter mehrere möglichst gleichgesinnte vertheilt. Allein wie kommen Abhandlungen aus den verschiedensten Theilen der Jurisprudenz, zum Theil auch nach entgegengesetzten methodischen Ansichten bearbeitet, zusammen? eben so in anderen Fächern auch. Setzen Sie mir nicht Hugo's Magazin entgegen, denn dieses hat einen höchst beschränkten Gegenstand, und es sind sowohl durch diesen Gegenstand als durch die Person des

Herausgebers die schneidendsten Gegensätze in der Methode bereits ausgeschlossen. In dieser letzten Rücksicht haben Sie vielleicht schon andere Vorkehrungen getroffen.

Ein zweyter Zweifel betrifft die Recensionen. Sie wollen, soviel ich weiß, nicht alle, sondern nur etwas bedeutende Bücher recensiren. Allein man mag diese Gränze noch so weit ziehen, so scheint mir das Buch von Dabelow immer noch heraus zu fallen. Wie wenn Sie für sehr schlechte Bücher von einigem Schein oder einigem Namen kurze Notizen gäben, worin mit etlichen auffallenden Belegen das Totalurtheil bekräftigt würde? Oder wenn Sie in Fällen, wie dieser, nicht die einzelnen allzuschlechten Bücher, sondern den ganzen Dabelow recensirten?

Ich habe Ihnen aufrichtig meine Zweifel gesagt und Sie belohnen diese Aufrichtigkeit hoffentlich dadurch, daß Sie mir sagen, aus welchen Gründen Sie anderer Meynung sind. Sie werden finden, daß ich nicht eigensinnig gegen fremde Ansichten verschlossen bin. Vor der Hand erhalten Sie die Rec. von Griesinger[1]), und vielleicht noch manche andere, die ich Ihnen zu seiner Zeit angeben werde, um Ihre Genehmigung zu erhalten.

Grüßen Sie mir Ihre liebe Frau, Ihren wackern Freund Martin, der mich auch nicht ganz vergessen soll, und wer sich sonst noch meiner erinnert. Von Herzen der Ihrige

Savigny.

Ich bitte gar sehr, die Stelle Ihres Briefes von Übersendung Ihres Buchs wahr zu machen. Ich habe nichts davon gesehen. Hat dieses schon einen Recensenten?

14.

Frankfurt 16. Jan. 1808.

Sie sehen, lieber Heise, ich halte Wort. Sagen Sie mir gelegentlich, ob Sie in mein Urtheil einstimmen. Vielleicht machen Sie mir den Vorwurf, ich hätte mich zu lange bey der Sache aufgehalten: allein gerade in der jetzigen Zeit greifen, wie Sie wissen, viele Leute unsres Fachs immer

[1]) Erschienen im Jahrg. 1808 H. 2 S. 135 f. (verm. Schr. V S. 37 f.)

nach dem neusten, und da schien es mir gut, den Irrthum gleich aus der Wurzel zu heben.

Die Jahrbücher geben Ihnen die schönste Gelegenheit, Ihr altes Versprechen der Beurtheilung meines Buchs zu erfüllen. Wenn Sie es wollen, so schreiben Sie mir, ob ich Ihnen die besonders gedruckten Zusätze der zweyten Ausgabe schicken soll. Sie sagten mir einmal, Sie hätten entscheidende Gründe gegen mein utrumque[1]) gefunden. Die Stellen, die jetzt Hugo in den G. A. angeführt hat, scheinen mir allen Zweifel zu heben. Aber kennen möchte ich Ihre Gegengründe dennoch gerne.

Erinnern Sie doch Creuzer, mir bald zu schreiben. Besonders wünschte ich sehr, meine Italiänischen Sachen von Zimmer, und die Nachricht was da weiter zu erwarten steht recht bald zu haben.

Von Herzen der Ihrige

Savigny.

15.

Herrn Professor Heise zu Heidelberg.

Frankfurt 29. Jan. 1808.

Ihren Brief vom 31. Dec., lieber Heise, habe ich erst sehr spät erhalten. Seitdem müssen Sie wieder einen von mir nebst einer Recension bekommen haben.

Über die Abhandlungen sind wir also im Allgemeinen ziemlich einig, und ich brauche für mich weiter nichts hinzu zu setzen, als: was nicht aus dem Glauben kommt, das ist Sünde. Mit Thibauts Abhandlung[2]) bin ich in dem Hauptgedanken ziemlich einig, aber ich weiß nicht, warum mir die Ausführung nicht recht gefallen will. Sie macht mir den Eindruck, als ob er des Gegenstandes nicht recht Herr und Meister wäre, was übrigens auch an Zufälligkeiten liegen kann.

Sagen Sie mir doch beyläufig, wer überhaupt in dem ersten Hefte recensirt hat, und welche auswärtige Juristen

---

[1]) Gemeint ist natürlich die Deutung des Worts in D. 50,17,153 (S. 331 f. in der 7. Aufl. des Rechts des Besitzes).

[2]) Über das Studium der röm. Rechtsgeschichte. Heidelb. Jahrbb. 1808 H. 1 S. 3 f.

bey Ihrem Institut engagirt sind. Die Rec. von Schömann ist doch wohl von Thibaut, wenigstens glaube ich kaum, daß Sie das für sonderbare Ideen ausgegeben hätten, was dort S. 81 so genannt wird.[1])

Seit 8 Tagen besitze ich eine Abschrift der juristischen Gelehrtengeschichte von Thomas Diplovataccius, 600 Seiten in fol. Das höchst wichtige Werk ist um 1500 geschrieben, und nie gedruckt, ja vor Sarti weder gekannt noch benutzt. Und wer hat mir die Abschrift aus Bologna verschafft? unser beiderseitiger Freund Hufeland.[2])

Für Ihr Büchlein[3]) sage ich Ihnen herzlichen Dank. Es scheint mir sehr zweckmäßig und gefällt mir überaus wohl. Hugo wunderte sich, daß es in manchen Stücken mehr mit seinen früheren Ansichten, als mit den neu verbesserten übereinstimme, und ich war genöthigt, ihm zu gestehen, daß ich mich in derselben Verdammnis befände. In der That muß es ungleich angenehmer seyn, über solche Tabellen zu lesen, als über ein Handbuch wie das Thibautsche, ja ich begreife kaum, wie sich ein Docent zu einem solchen verhalten kann. Den Vf. indessen, so wie Martin und vor allen Ihre Frau grüßen Sie mir aufs beste und angelegentlichste, und bleiben Sie gewogen Ihrem

Savigny.

N. S. Wenn wieder einmal etwas passendes vorkommt, werde ich mich recensirend einstellen. Bey sehr vielen Sachen ist es mir jetzt ganz unmöglich, weil ich nur sehr wenige Bücher hier habe. Deswegen muß ich auch Dabelow's Todesurteil einem Anderen überlassen.

16.

Frankfurt den 30. März 1808.

Ich kenne Sie als einen billigen Mann, lieber Heise, und ich sehe deshalb voraus, daß Sie nach Anhörung meiner

---

[1]) Heidelb. Jahrbb. 1808 H. 1 S. 81: „gar sonderbare Ideen, wohin wir vorzüglich die hingeworfene Behauptung zählen, daß nach den XII Tafeln durch occupatio, accessio und traditio kein dominium quiritarium ertheilt sei."

[2]) Bisher m. W. nicht bekannt gewesen.

[3]) Offenbar die 1. Aufl. von Heises Grundriß.

Gründe es nicht für Eigensinn halten werden, wenn ich Ihnen auch nach Ihrer freundlichen und sehr schmeichelhaften Ermahnung dennoch keine Abhandlung liefere. Mich halten nämlich außer der neulich erwähnten allgemeinen Ansicht der Sache noch zwey besondere Gründe ab: erstens der Plan eines Werks[1]), das mich jetzt sehr ernstlich beschäftigt, und das ich unmöglich durch eine Zwischenarbeit unterbrechen kann. Zweytens der Mangel an Büchern, der mir in diesem Sommer auf dem Lande noch drückender seyn wird. Diese Gründe wegzuschieben steht jetzt nicht in meiner Macht, ich könnte sie höchstens umgehen, d. h. etwas nur so hinschreiben, allein wo bliebe dann die Achtung gegen Ihr Institut? wir wollen nun sehen, ob ich Ihrer Billigkeit zu viel zugemuthet habe.

Wären jene Gründe nicht, so hätte ich wohl einen schicklichen und neuen Gegenstand zu einer solchen Abhandlung gewußt: eine historische Übersicht der Schriften über die juristische Methodologie. Die meisten ältern Schriften stehen in Reusners cynosura juris, eine neuere Sammlung hat Buder veranstaltet, beide Bücher fehlen mir, und so noch manches andere, was dazu nöthig wäre. Die Rec. von Seidensticker[2]) und Bucher will ich recht gerne übernehmen, wenn Sie mir versprechen wollen, nicht viel davon zu erwarten. Denn da ich niemals Pandekten gelesen habe, so habe ich auch keine Gelegenheit gehabt, sehr umfassende Erfahrungen über die bequemste Anordnung zu machen, und es wird Ihnen vielleicht manches, was ich darüber sage, wie das Fechten eines Naturalisten vorkommen. Sollten Sie demnach gute Gedanken die Fülle über jene Bücher haben, so thun Sie besser, sie selbst zu recensiren. Wenn Sie mir nichts darüber sagen, so schicke ich Ihnen gelegentlich meine Recension zu.

Was Sie über die Stelle der collatio[3]) sagen, ist so auffallend wahr, daß ich mich recht ärgere, es nicht selbst

---

[1]) Der Geschichte des R. R. im Mittelalter.

[2]) Entwurf eines Systems des Pandektenrechts zu Vorlesungen. Die Rez. erschien im Jahrg. 1808 H. 3 S. 278f. (verm. Schr. V S. 49f.).

[3]) Vermutlich coll. 16, 2, wovon Savigny in der Rezension des Griesingerschen Buches handelt (verm. Schr. V S. 41 f.).

bemerkt zu haben. Ich hoffe der Sache in dem beyl. Zusatz zu meiner Rec. die nöthige Deutlichkeit gegeben zu haben, und bitte Sie, die Rec. darnach abzuändern, besonders auch das am Ende bemerkte Ausstreichen nicht zu vergessen.

Die Bemerkung über utrumque wird mit Dank zu näherer Erwägung aufbewahrt.

Sagen Sie mir doch etwas über Zachariä. Grüßen Sie die andern Collegen und Ihre liebe Frau recht herzlich von

Ihrem

Savigny.

17.

Landshut, den 13. April 1810.

Wir sind uns brieflich so fremd geworden, mein liebster Freund! Ohne zu untersuchen, an wem von uns die Schuld liegt, ob an Ihnen oder mir, oder gar an den Verhältnissen Ihres Geschäftlebens, denen Sie selbst nicht gebieten können, erlauben Sie mir nur die Bemerkung, daß es so nicht gut ist. Ehe ich von hier gehe, um in Berlin in neue Verhältnisse zu treten, lassen Sie mich Ihnen noch einen herzlichen, freundlichen Gruß zurufen. Schon seit einem Jahre hoffte ich, daß Ihre bonorum possessio uns einmal wieder zusammen führen würde, aber leider ist es auch von dieser ganz stille geworden.

Ich habe für die Pandekten ein ganzes Jahr hindurch (doch nur in 300 Stunden) nach Ihrem Entwurf gelesen, dessen Vortrefflichkeit ich bey dieser Gelegenheit erst erprobt habe. Wie gerne möchte ich mich auch darüber einmal mit Ihnen besprechen können! Wenn Sie den Entwurf einmal wieder drucken lassen, so erlauben Sie mir wohl, Ihnen einige Kleinigkeiten mitzuteilen, z. B. zufällig ausgelassene Quellencitate. Was mir im allgemeinen am meisten Zweifel erregt, ist das 6te Buch. Ich kann mich noch immer nicht von der fast gewöhnlichen Hauptabtheilung in Rechte an sich und Rechte modificirt durch Verletzung (Jus actionum) lossagen, nach welcher das jus actionum wieder zwey Abschnitte erhielte:

1. Modification durch bloße Verletzung — actio, exceptio,

2. — durch Zutritt eines Richters — dieser handelt wieder:
   a) nach der reinen Natur des Richteramtes, Streit entscheidend — res judicata
   b) kraft eines besonderen anomalischen Auftrags, Rechte gebend oder aufhebend — restitutio.

Bey Ihnen steht das meiste davon im allgemeinen Theil, aber gewiß nur aus methodologischen Gründen; und was hindert Sie, im speciellen Theil das jus actionum voran zu stellen?

Mit meinem hiesigen Publikum habe ich alle Ursache gehabt, sehr zufrieden zu seyn: recht viel Empfänglichkeit für das Bessere, und recht guter, zum Theil ganz ausgezeichneter Erfolg. Welches alles neben Gönners stetem Schreyen und Toben dagegen mir doppelt werth seyn mußte. In mein Fach tritt nun Unterholzner ein, den ich recht lieb gewonnen habe, und von dem ich unsrer Wissenschaft sehr vorzügliche Dinge verspreche. Er ist bey entschiedenem Talent auf dem allerbesten Wege, was sich nicht immer zusammen trifft. Es hat mich sehr gefreut, daß Sie ihm so freundlich und achtend geschrieben haben.

Von Hugo ist es gar nicht unwahrscheinlich, daß er auch nach Berlin geht, worauf ich mich denn, wie Sie denken können, nicht wenig freue. Sogar von Hufeland spricht man hier in der Stadt etwas ähnliches.

Was meine Arbeiten betrifft, so haben mir hier die Pandekten so viel zu thun gegeben, daß ich außer ihnen an nichts bedeutendes denken konnte. Die Materialiensammlung zu einem künftigen ausführlichen System ist aber damit beträchtlich fortgeschritten. Sobald ich etwas freye Hand bekomme, gebe ich wenigstens die erste Theile der Literärgeschichte heraus, worauf ich mich sehr freue, und wozu ich nun viel und glücklich gesammelt habe: vorerst einmal die Geschichte der Glossatoren, die doch am meisten terra incognita ist.

Wissen Sie Jemand, der die Weißschen[1]) Materialien zur Geschichte des Novellentextes (ein sehr verdienstliches

---

[1]) Phil. Friedr. Weiß, Savignys Lehrer (Landsberg a. a. O. III[1] S. 477, Noten S. 303).

Werk!) verarbeiten möchte? Sie selbst entschließen sich wohl dazu nicht. Ich würde es thun, wenn mir nicht jene eigene sehr weitschichtige Pläne zu sehr am Herzen lägen.

Schließlich bitte ich Sie, unsrer Göttinger Stubenburschenschaft nicht ganz uneingedenk zu seyn. Mit der herzlichsten Achtung und Anhänglichkeit ganz Ihr

Savigny.

18.

Herrn Professor Heise zu Heidelberg.

Berlin 12. Juli 1810.

Noch ehe ich weiß, ob Sie, lieber Heise, meinen Brief aus Landshut erhalten haben, sende ich diesen zweyten an Sie ab, dessen Inhalt mir gar sehr am Herzen liegt. Es bedarf nicht vieler Worte, wir werden uns leicht verständigen. Ich wünschte Sie hier in Berlin, weil ich die feste Überzeugung habe, daß Sie unsrer Universität, deren Gedeihen mir so sehr angelegen seyn muß, die trefflichsten Dienste leisten würden. Vielleicht sind Ihre Verbindungen in Heidelberg so, daß Sie auf keinen Fall weggehen. Ist dieses, so darf ich von Ihrer Discretion hoffen, daß Sie diese vertrauliche, freundschaftliche Anfrage als nicht geschehen betrachten und nur mir recht bald Nachricht davon geben. Unsere Pflanzung ist so neu, daß wir alle Ursache haben, mit ungewöhnlicher Zartheit mit ihr umzugehen. Ist es aber nicht, so ließe sich die Sache, die ich so sehr wünschen muß, wohl einrichten, und für diesen Fall mögen folgende Notizen dienen.

Humboldt geht nach Wien, das ist ein großer Verlust, aber unsere Anstalt hat vollkommene Sicherheit, und alle Staatsräthe dieses Departements (d. h. Nicolovius, Uhden, Süvern, Schmedding) sind Männer, deren Einsicht und Willen gleich gute Hoffnungen giebt. Von Juristen ist hier Schmalz, mit dem recht gut auszukommen scheint. Einige hiesige Leute werden Lücken ausfüllen, ob Hugo kommt, ist noch ungewiß, was mich betrifft, wäre ich sehr gesonnen, mich mit dem Verhältnis eines friedlichen Collegen nicht zu begnügen, ich weiß, daß wir wissenschaftlichen Verkehr haben würden, und daß unser Verhältnis

bey den Zuhörern Früchte tragen müßte. Überhaupt glaube ich, daß hier wissenschaftliches Leben zu erwarten ist, und was mir daneben eine erfreuliche Aussicht darbietet, ist die größere Freyheit und Liberalität, welche eine große Stadt selbst dem Privatleben giebt. Ich habe in Landshut viel herrliches zurückgelassen (neben sehr schlechtem), vieles was ich wohl hier nicht wieder finde, aber in die Länge hätte ich das Beengte jenes Lebens nicht ohne Nachtheil ertragen können.

Erwägen Sie die Sache reiflich, aber geben Sie mir bald Antwort. Sind Sie meinen Wünschen nicht abgeneigt, so sagen Sie mir Ihre Bedingungen, aber sagen Sie mir zugleich, ob und in welchen Fällen Sie sich in Heidelberg halten lassen. (Sagen Sie es auf einem besonderen Blatt wenn Sie wollen; ich werde discret seyn, aber lassen Sie Offenheit und Vertrauen zwischen uns walten.) Sie sehen leicht ein, daß wir uns weniger compromittiren dürfen, als eine alte wohlbegründete Anstalt. Kommen und lehren müßten Sie schon auf den Winter. Mit großer Freude würde ich im Röm. Recht mit Ihnen abwechseln, aber noch lebhafter wünschte ich, daß Sie auch das deutsche Recht wieder bearbeiteten, dieses ehrwürdige Fach, worin noch so viel neues und ersprießliches zu thun ist. Schreiben Sie bald. Mit herzlicher Hochachtung Ihr

S.

Adresse: Gebrüder Veit Banquiers.

Theuer scheint mir Berlin im Ganzen nicht; Wohnungen freylich sind kostbar wie in jeder großen Stadt, doch z. B. nicht so theuer, als in Frankfurt oder München. Zu jeder genaueren Auskunft erbiete ich mich.

19.

Berlin den 8. Sept. 1810.

Ihr Brief, mein liebster Heise, hat mir eine schöne Hoffnung vernichtet. Ich bin weit entfernt von dem thörichten Beginnen, Sie nach so wichtigen und so achtungswürdigen Gründen noch überreden zu wollen; da aber, wenn Steine in unsrem Wege liegen, gar oft die Zeit einige

wegräumt, so ist es in einem solchen Falle nicht übel, wenn sich dann die übrigen von dienstfertigen Händen bereits weggeräumt finden. Darum erlauben Sie mir wohl eine kleine Antwort ohne besonderen Zweck noch Anspruch.

Daß ich zuerst Ihre Rücksicht auf Reizenstein[1]) zu ehren weiß, wie sie es verdient, trauen Sie mir wohl zu. Nur ist es dieser Punct besonders, der mich an den ewigen Wechsel menschlicher (warum also nicht Badischer) Schicksale erinnert hat.

Zweytens die Sicherheit unsrer Existenz wird freylich noch von Vielen bezweifelt, und ich verdenke es den Leuten um so weniger, da wir wirklich erst in einigen Wochen anfangen werden zu existiren. Sind wir erst einmal da, so wird man schon eher an unser Daseyn und auch wohl an unser Bleiben glauben. Und hat wohl Heidelberg eine stärkere Garantie, als Berlin alsdann haben wird?

Drittens ließe sich über die Theurung von Berlin nöthigenfalls gar manches sagen. Herr Dirksen z. B. findet die Wohnungen nicht theurer als in H., und arme Studenten können einen Tisch (mit Suppe, Gemüse und Fleisch) haben zu 11—12 xr. Reichsgeld. Daß man in demselben Maße mehr ausgiebt, in welchem man mehr genießt, ist freylich unläugbar, und in großen Städten ist man denn auch zu manchem verleitet und wohl gar genöthigt, was in kleinen nicht vorkommt.

Und nun erlauben Sie mir noch ein aufrichtiges Geständnis, das aber im strengsten Sinn unter uns Beiden bleiben soll. Von drey Männern habe ich mir die Collegenschaft gewünscht, von Hugo, Haubold und Ihnen. Von Hugo wegen seines Namens, seiner Methode, zu welcher wir uns Beide als Schüler bekennen, und seines originellen, geistreichen Wesens. So bey Haubold bestimmte mich seine ganz außerordentliche Gelehrsamkeit, worüber ich erst neulich wieder erstaunt bin, und wovon Sie in seinen Institutionen einen neuen, herrlichen Beweis finden werden. Wenn ich mich aber frage, von wem ich die lebendigste

---

[1]) Siegmund Karl v. Reitzenstein, badischer Staatsmann, seit 1807 Kurator der Universität Heidelberg (Landsberg a.a.O. III² S. 84).

Erregung für die Schüler, das frischeste Streben an sich, und die ersprießlichste Wechselwirkung für mich selbst erwarten könne, so entscheide ich mich nicht für jene, sondern für diesen dritten. Ich darf ohne Anmaßung hinzusetzen, auch für Sie würde diese Veränderung vortheilhaft seyn. Heidelberg, glaube ich, wird Sie durch seine Kraft nicht weiter bringen, aber hier wollten wir eine Schule gründen, deren Reaction uns wieder geben sollte, was sie von uns empfangen hätte.

Verzeihen Sie mir diese Träume, wenn sie nicht besseres sind, und antworten Sie mir bald einmal auf meinen Brief aus Landshut. Haben Sie Dabelow gegen mich gelesen? Leben Sie wohl und behalten Sie mich in gutem Andenken.

Savigny.

20.

Berlin 4. Jan. 1811.

Auf die Gefahr hin, für einen zudringlichen Menschen gehalten zu werden, schreibe ich schon wieder an Sie, lieber Heise. Man will hier wissen, daß Herr v. R. den Abschied habe. Da nun das Ihr Hauptgrund gegen Berlin war, so . . . .

Wenn Sie den Nachsatz nach meinem Wunsche auszufüllen gesonnen wären, so sollten Sie es rasch thun. Sie sollten auf Ostern kommen, und das wäre leicht zu machen, wenn Sie schnell einen entschlossenen Schritt thun wollten. Sagen Sie mir, unter welchen Bedingungen Sie sicher kommen würden, und verlassen Sie sich darauf, daß ich das mögliche thue. Nur noch so viel: Geschäft und Leben ist mir hier bis jetzt sehr angenehm erschienen. Auch die Honorare dürfen Sie in Ihrem Calcül nicht zu niedrig anschlagen. Bey unserm geringen Anfang habe ich doch in diesem Winter für 10 Stunden wöchentlich ungefähr 600 fl. Rheinisch eingenommen.

Vielleicht denken Sie nicht daran, zu kommen, und in diesem Fall mache ich freylich mit meinen wiederholten Anträgen eine seltsame Figur. Aber ich unterziehe mich willig dieser Gefahr bey der Aussicht, daß es doch vielleicht anders ausschlagen mag, und daß ich Sie zum Col-

legen bekomme, was ich so sehr wünsche. Haben Sie irgend ein factisches Bedenken groß oder klein (ich weiß, daß viele Lügen über uns im Umlauf sind) so sagen Sie es mir offen, nöthigenfalls in einer nicht ostensiblen Beylage, und rechnen Sie auf meine strenge Unparteylichkeit in der Auskunft, die Sie wünschen mögen. Überhaupt aber würde eine kleine baldige Antwort sehr erfreuen Ihren

Savigny

Monbijouplatz Nr. 1.

21.

Berlin den 10. März 1811.

Ich hatte neulich sehr richtig divinirt, lieber Heise. Erst heute bekomme ich den Auftrag, Ihnen zu sagen, daß man ungemein bedaure, Ihnen für die sehr bedeutende Vortheile Ihrer gegenwärtigen Lage nicht hier bessere anbieten zu können. Dieses lezte, im strengen Sinn des Wortes, würde wohl selbst unter anderen Umständen kaum möglich gewesen seyn, viel weniger jetzt, wo die Translocation von Frft. nach Breslau so große neue Ausgaben nöthig macht. Wie beschämt ich Ihnen das alles schreibe, und erst jezt schreibe, ist wohl nicht nöthig noch ausdrücklich hinzuzufügen. Daß mir die Sache sehr am Herzen lag, daran können Sie wohl nicht zweifeln, und ohnehin pflegt niemand leichter Glauben zu finden, als wer sich selbst zu einem egoistischen Motiv bekennt, wie ich in dieser Sache stets gethan habe und offen thun durfte, da mein Vortheil mit dem öffentlichen vollkommen zusammen traf.

Der Grund der Verzögerung liegt darin, daß jene Translocation erst ganz kürzlich beschlossen worden, und bis zu diesem Beschluß gar kein anderer in der Sache gefaßt werden sollte. Man schien (was ich Ihnen im Vertrauen sage) nicht abgeneigt, Ihnen für Breslau Anerbietungen zu machen, fand es aber nicht schicklich, da die pecuniären Vortheile Ihren jezigen Einkünften nicht gleich gekommen wären, und übrigens wohl kaum die Aussicht auf Breslau die Annehmlichkeit Ihrer jezigen Lage aufwiegen möchte. Ich habe diese Rücksicht sehr gegründet gefunden und

theile Ihnen die Sache im Vertrauen mit, höchst wahrscheinlich für Sie eine todte folgenlose Notiz, die Ihnen aber doch die fortdauernde Achtung beweisen mag, womit man Ihrer gedenkt und das aufrichtige Bedauern, Ihrem Besitz entsagen zu müssen.

Leben Sie wohl, lieber Heise, gedenken Sie meiner fortwährend in Gutem und rechnen Sie mir nicht Dinge zu, die so sehr meinen Wünschen entgegen sind, ja die auf keines Menschen Rechnung gesezt werden können.

Mit unwandelbarer Ergebenheit Ihr

Savigny.

22.

Berlin den 3. Okt. 1811.

Sie erhalten hierbey, mein liebster Heise, ein Ex. der Dissertation unsres ersten Dr. juris[1]), nebst einem Ex. für Thibaut, welchen ich von mir auf das herzlichste und freundlichste zu grüßen bitte. Der Vf., mein sehr lieber Freund, hat vor ziemlich langer Zeit Jprudenz studiert, dann aber eine Reihe von Jahren seine Güter bewirthschaftet und ist erst seit einem Jahre wieder mit allen Kräften zu unsrer Wissenschaft zurückgekehrt. Mit welchem Erfolge er dieses gethan, davon wird Sie der ernste gründliche Gang der Untersuchung in seiner Schrift überzeugen. Ich kann Ihnen nicht sagen, wie viel Gutes ich mir von ihm als Lehrer und als Schriftsteller verspreche. Könnten Sie die Veranstaltung treffen, daß in den Heidelberger Jb. bald eine Rec. davon erschiene, so würden Sie mich wahrhaft verbinden.

Von Ihrem Vorschlag, Hn. Schweikart betreffend, habe ich aus folgenden Gründen keinen Gebrauch machen können. Abgesehen davon, daß ich bey dem gegründetsten Zutrauen auf Ihr Urtheil mir doch keine kräftige Empfehlung des Mannes ohne alle eigene Bekanntschaft hätte anmaßen können — abgesehen davon sage ich ist auch jede Vocation an einen fremden Ort schon an sich ein so be-

[1]) Göschen, der am 27. September 1811 in Berlin promovierte (Landsberg a.a.O. III² Noten S. 117). Seine Diss. führt den Titel: Observationum iuris Romani specimen.

deutender und auszeichnender Schritt, daß man ihn nicht leicht anders thun soll, als wo entweder durch eine Schrift oder durch den entschiedenen Lehrerbeyfall auf einer namhaften Universität der Überzeugung von der Tüchtigkeit des Mannes ein objektiver Grund untergelegt worden ist. Ich glaube, Sie werden mir darin beystimmen.

Sie haben sehr richtig divinirt, daß die üblen Gerüchte über unsre schlechte Disciplin[1]) auf reinen Lügen (die meisten selbst ohne alle Veranlassung, einige mit sehr unschuldiger) beruhen, und Sie können mir wohl zutrauen, daß ich Ihnen dergleichen nicht ut causae serviam zu sagen im Stande bin. So z. B. ist die Geschichte der Unruhen in Burja's[2]) philosophischen Vorlesungen theils ziemlich unbedeutend, theils auf Seiten der Studenten fast ganz tadellos gewesen. Einen eignen Amtmann haben wir von Anfang an gehabt. Der Fleiß unsrer Studenten ist musterhaft; so z. B. habe ich diesesmal meine Pandecten 4 Wochen in die Ferien hinein lesen müssen und habe doch mit dem größten Theile meiner inscribirten Zuhörer schließen können. Unsre Fakultät ist nun auch Spruchcollegium geworden und so sehr ich Anfangs dagegen war[3]), so viele Freude finde ich selbst jezt an diesen Arbeiten. Eintracht herrscht unter der sehr großen Majorität der Professoren, und namentlich unter uns 4 Juristen unbedingt. Der schöne literarische Verkehr, wozu Berlin so treffliche Gelegenheit darbietet, ist nun leider durch Spaldings Tod und Heindorfs Versetzung nicht wenig verkümmert worden. In der nächsten Woche wird die Römische Geschichte von Niebuhr, Thibauts Jugendfreund, ausgegeben, die unter andern (schon jezt und in der Fortsetzung) uns Juristen viel zu

[1]) Veranlassung dazu hatten vielleicht die bei Lenz, Gesch. d. Friedr. Wilh.-Univ. Berlin I S. 407 f. berichteten Vorgänge gegeben.

[2]) Abel Burja, Mathematiker (Lenz, Gesch. d. Friedrich Wilhelms Univ. Berlin I S. 236). Über den fraglichen Vorgang habe ich nichts ermitteln können.

[3]) Umgekehrt hat Heise, als er den Ruf nach Heidelberg empfing, sehr entschieden den Wunsch nach Aufnahme in das dortige Spruchkollegium ausgesprochen, „da ich einen fortwährenden Antheil an einer practischen Tätigkeit für den academischen Dozenten sehr vortheilhaft halte“ (v. Bippen S. 95).

schaffen macht. Leben Sie wohl, grüßen Sie alle Bekannte, die meiner gedenken, von Herzen und bleiben Sie mir gut.

Ihr Savigny.

23.

Herrn Justizrath Heise zu Heidelberg.

Berlin den 10. Dec. 1811.

Unser Herr Staatsminister von Schrötter hat mir den Wunsch geäußert, daß ich seinen in Heidelberg studierenden Sohn, welcher von Ostern an hauptsächlich auf Ihren Unterricht, mein wertester Freund, zu rechnen gedenkt, Ihrer Vorsorge empfehlen möchte. Nun weiß ich zwar, da ich Sie kenne, und zugleich aus mündlichen Nachrichten, daß man keiner Empfehlung bedarf, um sich Ihres Antheils und Ihrer Sorgfalt zu erfreuen: können Sie indessen Herrn von Schrötter noch besonders von Ihrer Geneigtheit hierzu überzeugen, und ihm besonders über die Einrichtung seiner Studien detaillirten Rath ertheilen, so verbinden Sie mich ungemein durch diese Erfüllung des angelegentlichen Wunsches seines würdigen Vaters, dessen freundschaftlicher Umgang mir sehr werth ist.

Vor einiger Zeit müssen Sie von mir Göschens Dissertation erhalten haben. Ich wiederhole meine damals vorgetragene Bitte, eine baldige Recension in den Jahrb. davon zu bewirken.

Thibaut hat mir aufgetragen, Cramer de V. S. zu recensiren. Entschuldigen Sie mich, daß ich ihm nicht besonders antworte, ich habe es stets mit der Rec. selbst thun wollen, deren Verfertigung sich aber doch noch etwas verzögert, so gewiß sie erfolgen soll. Ich setze natürlich voraus, daß im nächsten Jahre die Jahrb. noch fortgehen; sollte das nicht der Fall seyn, also die Rec. zu spät kommen, so würde ich bitten, mich bald mit zwey Worten davon zu benachrichtigen: höre ich nichts dergleichen, so schicke ich die Recension.

Ich stecke diesen Winter sehr in Arbeit, indem ich endlich mit der Redaction des Anfangs meiner Literargeschichte beschäftigt bin. Hugos Ulpian haben Sie wohl. Sein Text beruht auf einer scharfsinnigen Entdeckung, die

er gemacht hat, und ist darum wichtig. Ich recensire ihn in der Hallischen A. L. Z.[1]) und ärgere mich nun, daß ich ihn da versprochen habe und nicht lieber nach Heidelberg schicken kann. — Kennen Sie Kopp[2]), so fragen Sie ihn doch, ob er die tironianischen Noten des Wirzburger Ms. dechiffrirt hat und ob ihr Inhalt mit dem Codex in Verbindung steht, in welchem Fall ich für ihre Mittheilung sehr dankbar seyn würde.

Mit alter bekannter Ergebenheit Ihr

Savigny.

24.

Berlin den 26. Okt. 1812.

Ihren sehr werthen Brief, mein liebster Heise, habe ich vor drey Tagen durch Herrn v. Lambrecht erhalten, und ich sammle feurige Kohlen auf Ihrem Haupte, indem ich schon heute antworte. Es freut mich ungemein, daß Sie mich wegen des Abdrucks[3]) befragen, und wenn wir uns auch über keinen einzigen Punkt vereinigen sollten, so ist es mir lieb, mich gegen Sie ausgesprochen zu haben.

Ich muß etwas weit ausholen, nämlich von der Bestimmung meiner Pandektenvorlesungen. Ich will mit diesen meinen Zuhörern nicht sowohl ein praktisch ausreichendes Detail in die Hände geben von ähnlichem Zweck etwa wie ein vollständiges Handbuch, das wir freylich als Buch gar schön brauchen könnten, sondern ich will ihnen dazu helfen, sich aus den Quellen selbst eine klare Anschauung dessen zu verschaffen, was das eigenthümlichste im R. R. ist. Darum sind mir die Citate die Hauptsache, und ich citire Stellen nicht eigentlich als Beweis und Beleg dessen was ich sage, sondern umgekehrt, um dem Zuhörer zu sagen, welche Stücke aus seinem Hauptbuche er eben jezt zu lesen hat; zu diesen Stücken aber verhält sich mein Vortrag als Einleitung, Commentar, Paraphrase oder Verknüpfung, so daß er mit ihnen, wenn ich meinen Zweck

---

[1]) Verm. Schr. V S. 81f.

[2]) Ulrich Friedr. Kopp, Paläograph, Honorarprofessor in Heidelberg.

[3]) Offenbar von Quellenstellen zum Heiseschen Grundriß.

erreiche, ein verständliches Ganze bildet, ohne sie aber gewiß unvollständig und lückenhaft ist. Sehr viele Stellen aber werden nicht blos citirt, sondern aus einem Abdruck (oder Abschrift) vorgelegt und ausführlich erläutert (wo dies nöthig ist). Es sind dieses solche, die eine lehrreiche Schwierigkeit haben, indem die eigenthümliche Manier der alten Jprudenz besonders in ihnen hervortritt, oder auch indem es mir wegen der Schwierigkeit oder Wichtigkeit der Sache darauf ankommt, daß die Quellenanschauung gleich jezt augenblicklich entstehen möge, aus welchem lezten Grunde ich auch Stellen nehme, die gar nicht schwer sind. Auf praktische Wichtigkeit sehe ich gar nicht, darum wenige Stellen aus dem Codex, keine Novellen. Eben so ist es mir ganz einerley, ob aus manchen Materien gar keine, aus anderen sehr viele Stellen kommen: auf diese gleichmäßige Vertheilung zwischen den verschiedenen Quellenbüchern und den verschiedenen Materien sieht Hugo, dessen Chrestomathie ich aber auch für ganz unbrauchbar halte. Daß Sie nun Stellen abdrucken lassen wollen (wozu ich mich zuerst wende) macht mir ungemeine Freude. Sie haben, wie ich höre, bisher wenig Exegese in Ihre Vorlesungen verwebt, und ich schließe aus jenem Vorsatz, daß Sie mehr dazu übergehen wollen. Was hat auch ein Schüler vom R. R., wenn er nicht die Quellen hat? nun kann sie freylich Jeder für sich ohne Anleitung studieren, aber gestehen Sie, daß dieses Studium gerade bey dem besten und merkwürdigsten Theil der D. ungemeine Schwierigkeiten hat. Schneiden Sie, wenn Ihnen Zeit mangelt, lieber praktisches Detail weg, welches weit eher durch eigenes Nachdenken oder aus neueren Schriftstellern supplirt werden kann, als jenes Verstehen der Quellen. Wer die Grundbegriffe und Hauptgrundsätze des Röm. Systems in ihrer ganzen Schärfe und ihrem Zusammenhang gefaßt hat und dabey die D. selbst als ein Buch (obgleich immer als ein schweres Buch) zu lesen versteht, der hat damit zugleich über die gesammte neuere juristische Literatur (die französische Schule nicht ausgenommen, ich meyne die des 16. Sec. denn die neue ist ohnehin — ich mag nicht sagen was) ein Urtheil und eine

Herrschaft gewonnen, wodurch ihm alles übrige Studium zugleich leicht und erfreulich wird. Doch verzeihen Sie, lieber Heise, daß ich da in ein ganz unberufenes Reden hineinkomme, mein Antheil an der Sache und an Ihnen hat mich hineingeführt.

Ich schicke Ihnen hier ein Ex. der bisher von mir vertheilten Stellen mit Zusätzen und Änderungen, wie sie öfterer Gebrauch wünschenswerth gemacht hat. Die Überschriften der Columnen beziehen sich auf die correspondirende Stücke Ihres Grundrisses, am Ende müßte durch ein Verzeichnis nach Ordnung der Titel in den D., das Auffinden erleichtert werden. Die Stellen gehen nur auf Lib. 1—3, im Eherecht habe ich einstweilen (da ich noch nicht zu einem weiteren Abdruck habe kommen können, auch die Ex. des bisherigen jetzt ganz consumirt sind) einige der allerwichtigsten Stellen gleich im Anfang citirt und sie sind dann zu Hause aus dem corp. juris abgeschrieben worden. Vereinigen wir uns überhaupt, so kann ich Ihnen, wenn Sie wollen, sowohl dazu noch Zusätze (die Stellen des Eherechts nämlich enthält die handschriftliche Beylage) als auch zu den übrigen Stücken des Grundrisses Stellen schicken. Finden Sie einen Theil meiner Stellen zu viel oder unzweckmäßig, so theilen Sie mir die Numern davon mit, ich gebe viele davon noch Preis, fast noch lieber als wenn Sie sich in einer zu großen Anzahl neu hinzukommender verlieren sollten. Theilen Sie mir zur Probe in ein Paar Kapiteln die mit, die Sie hinzufügen möchten. Sie sollen sehen, ich thue alles zu einer Vereinigung, ist sie aber ganz unmöglich, so thun Sie mir wohl den Gefallen, Ihre Stellen separirt von dem Grundriß selbst drucken und verkaufen zu lassen.

Nun zu dem Lehrbuch[1]), das ich gewählt habe, weil man ihm gleich anfühlt, daß es aus ächter Sachkenntniß hervorgegangen ist. Meine freymüthige Erinnerungen gegen einzelnes werden Sie mir nicht übel deuten. Die Einleitung scheint mir doch zu dem gegenwärtigen Zustand des praktischen Rechts nicht ganz mehr zu passen, doch will ich keinesweges etwas entschiedenes darüber behaupten.

[1]) Gemeint ist wiederum Heises Grundriß.

B. 1. pflege ich überhaupt etwas abzukürzen, weil ich kein Freund vom allgemeinen Theil bin und sehr zum besonderen eile.

Kap. 3 ist, wie Sie wissen, nicht ganz nach meinem Plan. Ich denke mir als ein eigenes Buch die Lehre von den durch Streitigkeit oder Verletzung modificirten Rechten (Klagenrecht). Sie werden aber modificirt: 1. entweder durch das Verhältniß bloßer Streitigkeit (actio mit Verjährung, exceptio, repl., dupl.) 2. durch neue Rechte erzeugende Handlungen, die sich darauf beziehen: a) Handl. der Parteyen: a. Litis Contestatio b. Handl. des Richters: 𝔞.) regelmäßige Handlung (die im Begriff des Richteramtes liegt): res judicata mit ihren Surrogaten als Anhang: Eyd confessio in jure interrogatio in jure 𝔟.) unregelmäßige Handl.: restitutio in int. —.[1]) Mögen Sie nun auch die rest. in int. absondern, so könnte doch jenes im Ganzen zulassen *(sic!)*, besonders aber müßten Sie die wichtige und überall verkannte res judicata mehr würdigen, als hier, wo blos eine Wirkung derselben, also blos der Fall der Absolution, hervorgehoben wird.

Kap. 5. pflege ich größtentheils cursorisch durchzugehen. Aber sehr am Herzen liegt mir, daß § 137—146 hier weggenommen und in B. 3 K. 1. gesezt werden. Sie werden aus den abgedruckten Stellen sehen, daß ich dieses bisher schon gethan habe. Man kann einwenden, daß bey der rei vindicatio und dem ususfructus schon von culpa gesprochen werden kann, aber ich gestehe Ihnen, ich halte nichts auf die Strenge des Grundsatzes, daß alles folgende aus dem vorigen völlig verständlich seyn muß: die Institutionen haben ja doch die Begriffe im allgemeinen dargestellt und wenn auch hie und da auf das folgende verwiesen wird, was liegt daran? Die innere Verwandtschaft der Gegenstände ist mir weit wichtiger, und diese zieht gewiß die culpa in das dritte Buch.

Gegen Kap. 6 habe ich nichts, was Sie vielleicht sonderbar finden.

---

[1]) Vgl. hierzu die Einteilung in Savignys System Bd. 5—7. Bei Heise bildet die i. i. r. den Gegenstand eines besonderen sechsten Buchs.

B. 2 ganz vortrefflich, nur wenige Erinnerungen. Nach § 61 fehlen einige Arten des Verlusts: Verlust durch Eroberung (mit postliminium) und res extra commercium. Viel wichtiger aber ist mir, daß nirgends eine Stelle für das höchst wichtige zweyfache jus publicianae actionis (1. aus b. f. possessio und 2. aus in bonis) sich findet, ich mache daraus einen Anhang zu Kap. 2. Die bloße Stelle bey der Klage (§ 19. 20) genügt mir nicht, da die Rechte selbst von großer Wichtigkeit sind, und wenn man auch noch so strenge das antiquirte von den Pandekten absondern will, so ist es doch bey dem alten Verhältniß des dominium und in bonis eben so wenig möglich als bey dem alten Verhältniß von hereditas und B. P.

B. 3 Kap. 1 sehnt sich nach der culpa (s. o.). Kap. 3 § 88—90 müssen wohl in den speciellen Theil, so gut als jedes andere einzelne Delict. Daß die Fälle von allgemeinerer unbestimmterer Art sind als furtum und injuria, ist doch ein sehr zufälliger Unterschied. Kap. 4 wünschte ich einige Aufhebungsarten zugesetzt: Verjährung, res judicata und Eyd. Freylich stehen diese auch schon oben bey den Klagen, dennoch gehören sie auch hierher (d. h. sie wirken auf zweyerley Weise, oder es giebt für ihre Wirkung zwey Gesichtspunkte) so gut als die Compensation, die ja auch nur per exceptionem aufhebt, und zwar nach altem Recht gewiß, nach meiner Meynung aber auch im neuen Recht. Ob es gut ist, die einzelnen Obligationen nach den Gegenständen zu stellen, steht dahin, vielleicht zieht mich alte Gewohnheit mehr zu den Entstehungsgründen. Im Vortrag ändere ich an Ihrer Ordnung nichts, sie ist mit großer Umsicht und Vollständigkeit durchgeführt, und es kommt bey den einzelnen Obligationen nicht so viel auf die Ordnung an, indem sie in der That doch nur ein Aggregat und kein System bilden.

B. 4 habe ich anders geordnet, wie die schriftliche Beylage zeigt, desgleichen B. 5, wovon aber freylich die Anordnung noch etwas sehr summarisch aussieht. Übrigens divergiren wir in diesem 5te B. unter allen am meisten, denn auch im 4t B. ist der dissensus nicht so gar arg.

Von jeher lasse ich neben meinen Vorlesungen schrift-

liche Arbeiten machen, seit vorigem Sommer auch frage ich die, welche sich dazu bereit erklären, mitten in der Stunde mündlich, und zwar nicht um zu sehen ob das vorige behalten worden, sondern neue Sachen, hauptsächlich lasse ich Stellen aus dem Stegreif interpretiren. Es ist sehr gut gegangen.

Dringend bitte ich, die Quellen künftig ganz vollständig zu citiren, und zwar auch die des vorjustinianischen Rechts. Ihnen macht das im Ganzen geringe Arbeit und für den Zuhörer ist der Nutzen wohl größer als Sie glauben. Es kommt unendlich viel darauf an, im rechten Augenblick nur zu wissen, was nachzusehen ist. Ihren Zweck (das h. t.) erreichen Sie vollkommen, wenn Sie den Haupttitel durch andere Schrift auszeichnen, was ich sehr billige.

Ihre Bemerkungen über den Besitz erwarte ich sehnlich, obgleich ich noch nicht weiß, wann eine neue Auflage kommt. Warten Sie darauf nicht mit der Absendung. Erst durch Niebuhr glaube ich die Urgeschichte des Besitzes zu kennen. Possessio war das Recht (ursprünglich der Patricier) am ager publicus. Um nur Einen Grund anzuführen, so erklärt sich hieraus mit einemmale, warum das jus in agro vectigali (das neuere Überbleibsel oder die Umgestaltung des alten ager publicus) wahre possessio giebt, welches Problem mir immer das schwerste war. An Kopp bitte ich meine Empfehlung und meinen besten Dank zu sagen. Es ist immer viel werth zu wissen, wo nichts mehr zu suchen ist. Zu dem obigen habe ich noch hinzuzusetzen, daß das precarium das Geschäft zwischen Patricier und seinem Vasallen, dem Clienten, war (Precareygüter): die Gründe sind zu weitläufig. Von Ihrer Bibliothek erbitte ich mir Abschriften von allem was Donellus betrifft, d. h. allen Briefen und Actenstücken: die Copialien erstatte ich mit herzlichem Dank und einen Copisten finden Sie wohl. Aber freylich um das Aufsuchen muß ich Sie bitten. Zu der Beschreibung des Heidelberger D. vetus fordere ich Sie dringend auf, dergleichen mss. sind seltene Schätze. Warum schreiben Sie nicht Ihre B. P.? nächstens steht darüber etwas treffliches von Göschen im civilisti-

schen Magazin. Warum wird dessen Diss. nicht in Heidelberg recensirt? Für die Untersuchung über die Ll. restitutae[1]) verdienen Sie einen Gotteslohn: ich habe die edd. von 1562 und 1571 und das Werk von Augustin, nämlich von diesem den Abdruck in der Folioausgabe der sämmtlichen Werke. Leben Sie wohl.

Gruß an Thibaut Ihr S.

25.

Herrn Justizrath Heise zu Heidelberg.

Berlin den 19. Nov. 1813.

Unterm 14. April, mein theuerster Heise, haben Sie mir um schleunige Erklärung über die gemeinschaftliche Chrestomathie geschrieben. Seitdem war nicht nur die Communication ganz unterbrochen, sondern andere Beschäftigungen, wie die Bildung von Landwehr und Landsturm für Berlin, eigenes Exerciren und Scheibenschießen hatten mich so ganz occupirt, daß weder an Vorlesungen, noch an andere Arbeiten juristischer Art zu denken war. Jezt ist es wahrscheinlich zu spät, in welchem Fall ich nur begierig bin, recht bald Ihre neue Auflage zu sehen. Sollte wider Vermuthen diese Auflage geruht haben und noch jezt Zeit zu meiner Erklärung seyn, so schreiben Sie mir dieses, und Sie erhalten sie ganz sicher mit umgehender Post. Diesen Winter lese ich Pandekten vor 14 Zuhörern ohne Compendium (vorigen Winter hatte ich in den Institutionen 88). Sobald wieder Frequenz zu hoffen ist, druckt mir Reimer den Westenberg[2]), den ich dann neben Ihrem Buch zum Grund lege, um die leichteren Materien und bey bloßen Gedächtnisdingen darauf verweisen zu können. Meine Literargeschichte habe ich jezt niederzuschreiben angefangen und ich arbeite daran mit großer Liebe. Schreiben Sie mir doch gelegentlich über Göschens

[1]) Nicht veröffentlicht; Materialien in Heises Nachlaß betreffend siehe v. Bippen S. 310 Z. 2.

[2]) J. O. Westenberg (1667 — 1737), Principia iuris secundum ordinem pandectarum, die allerdings erst 1823 in Berlin neu gedruckt wurden (Landsberg a.a.O. III[1] Noten S. 109).

bonorum possessio im Magazin und über meine Ansicht vom Text des Ulpian[1]): ich muß Ihnen nur sagen, daß ich mir auf diese Entdeckung etwas zu gute thue. Vorzüglich aber bitte ich um ausführliche Nachricht von Ihren Arbeiten. Es ist nicht recht, daß Sie nicht schreiben und ich bitte sehr, sich darin zu bekehren, so sehr ich das Vielschreiben hasse. Unterholzner, der sich zu einem sehr tüchtigen Mann bildet, arbeitet an der Usucapion: er ist, glaube ich in Heidelberg etwas verkannt worden. Aus Mittermaier wird schwerlich je etwas werden. Ihr Bruder war so eilig, daß ich ihn gar nicht gesehen habe. Herzliche Grüße an alle Bekannte, besonders auch an Martin, dem ich für seinen Brief von diesem Frühjahr nebst der interessanten Beylage den herzlichsten Dank sage.

Ihr Savigny.

26.

Berlin den 2. Jan. 1814.

Von Ihnen, liebster Heise, habe ich Briefe vom 14. Apr. u. 2. Dec., der letzte muß sich mit einem Briefe von mir vom 19. Nov. gekreuzt haben, der durch Gelegenheit besorgt worden ist. Empfangen Sie nun zuerst den Ausdruck meiner Freude und meines Danks, daß Sie mit dem Abdruck gewartet haben, bis weitere Rücksprache zwischen uns möglich war. Ihr gegenwärtiger Plan, in Verbindung mit ausgewählter Literatur, wie ihn der erste Bogen darstellt, ist mir gar recht: daß ich in der Stellung einzelner Paragraphen hie und da etwas anders wünschte, ist unvermeidlich und für meinen Zweck ganz unschädlich, eben so wie daß ich manche Bücher, z. B. p. 1 Glück, p. 8 Schömann, der zugefügten Ehre nicht werth halte. Hierin aber ist immer die Grenze sehr schwankend, und es ist ein großes Verdienst, das Sie sich mit dieser Literatur erwerben, um so mehr als gerade Thibaut hierin ziemlich schwach ist. — Zu Kap. 3 N. 5 wünschte ich doch auch noch den Eyd gesetzt, der meines Erachtens um gar nichts unpraktischer ist, als confessio und interrogatio, indem diese 3 Institute

---

[1]) Verm. Schr. III S. 28f.

Römische Wurzeln und eine ganz verschiedene heutige Form haben. — Sehr begierig bin ich auf Ihre Behandlung des 4ten Buchs: dieses, und darin besonders das Eherecht, habe ich im ganzen System am vollständigsten und unabhängigsten aus den Quellen gearbeitet. — Auf Ihre leges restit. Cod. bin ich noch immer sehr begierig: nur gebe ich zu bedenken, ob Sie nicht lieber sogleich eine vollständige kritische Geschichte des Textes des Cod. liefern wollen, so wie Weis(*s*) für die Novellen angefangen hatte? davon ist jene Arbeit ohnehin der wichtigste und der schwierigste Theil. Ich könnte dazu schöne Beyträge liefern, sobald ich den genaueren Plan der Arbeit wüßte. Cramer in der Vorrede de V. S. hat einen trefflichen Grund gelegt. Die Originalausgabe des Augustin (Constitutiones graecae Cod. mit Julian 1567. 8) ist in der Würzburger Bibl., ich habe den Abdruck in den Werken in Fol. — Ich habe großen Lusten, die Pandekten künftig zugleich nach Ihnen (der Ordnung nach) und nach Westenberg (dem Inhalt nach) zu lesen, welches sehr gute Buch wahrscheinlich nächstens hier neu gedruckt wird.[1]) — Göschen grüßt und freut sich sehr der freundlichen Billigung. — Ich habe Ihnen vorlängst ein Ex. meiner Stellen mit zugefügten Citaten am Rande geschickt: thun Sie mir doch den Gefallen, mir auf einem Zettel das Verzeichnis dieser Stellen am Rande gelegentlich zu schicken (nur so: p. 6 L. . . . etc.), da ich keine Abschrift behalten habe. — Haben Sie die Güte, Zimmer zu fragen, ob er vor 3—4 Wochen einen Brief von mir erhalten hat? im entgegen gesezten Fall bitte ich um baldige Nachricht, damit ich abermals schreiben könne. — Ich komme zulezt auf den schwierigsten Punkt, die abzudruckenden Stellen. Ich setze hierunter ein Verzeichniß derer unter den schon abgedruckten, die mir ganz unentbehrlich sind. Es sind nahe an 2/3 von allen. Dazu kommen noch die an den Rand geschriebenen, die ich gleichfalls für unentbehrlich halte. Wenn Sie nun diese alle aufnehmen, so müßte ich doch bitten, in der Vorrede, wenn Sie mich zu nennen für nöthig finden, zu sagen, daß es nur

---

[1]) s. S. 132 n. 2.

ein Theil der Stellen ist, die ich, abgesehen von dem Zweck und den Gränzen dieses Buchs, abgedruckt wünschte. Ist nun das alles zulässig, so werde ich die Fortsetzung unverzüglich schicken. Im entgegen gesezten Fall (der mir nun freylich der wahrscheinlichere ist) bitte ich nur, die Stellen abgesondert von dem Lehrbuch verkaufen zu lassen, und ich werde dann hier einen Abdruck für meine Vorlesungen veranstalten. Das wird Sie gewiß nicht genieren. *(Hier folgt das Verzeichnis der als unentbehrlich bezeichneten Stellen.)*

Sollten Sie überhaupt hierauf eingehen, so würde ich bitten, mir auch zu sagen, in welcher Art und Anzahl von Ihnen werden Stellen zugesezt werden. Ich habe Ihnen, glaube ich, schon früher meine Ansicht mitgetheilt, nach welcher ich die Stellen nicht nach ihrer praktischen Wichtigkeit würdige, und deshalb fast blos Pandekten, sehr wenig Codex und gar keine Novellen aufnehme. — Leben Sie wohl, mein theuerster Heise. An Thibaut habe ich im Frühjahr bey Gelegenheit von Griesingers Rec. geschrieben; ich möchte wohl wissen, ob er den Brief erhalten, und ob er ihn (da er gewiß ehrlich gemeynt war) nicht übel genommen hat. Ihr

S.

27.

Herrn Justizrath Heise zu Göttingen.

Berlin den 17. Aug. 1814.

Einer meiner sehr fleißigen Zuhörer, Herr Mollius, hat mich gebeten, ihn bey Ihnen, liebster Heise, einzuführen, da er jezt in G. zu studieren Willens ist. Indem ich ihn nun Ihrem freundschaftlichen Rathe und Wohlwollen empfehle, benutze ich diese Gelegenheit zu einer Frage:

> läßt es sich wohl nach der allgemeinen Menschenliebe, besonders aber nach der Liebe gegen Freunde, vertheidigen, daß Sie mich so lange ohne Nachricht von sich lassen?

wollen Sie zu dieser Preisfrage concurriren, so senden Sie mir Ihre Abhandlung in deutscher Sprache baldigst ein. Ich lese diesen Winter Pandekten und brauche dabey den

Westenberg, der nun bald fertig ist. Ob Ihr Buch gedruckt ist, und was zulezt über die Ausführung entschieden worden ist, besonders in Ansehung der Beweisstellen, erfahre ich hoffentlich in den Noten Ihrer Preisschrift. Leben Sie wohl, liebster Heise, von ganzem Herzen Ihr

Savigny.

Ihren Göttinger Titel weiß ich nicht, muß es also auf den Heidelberger wagen. Wissen Sie wohl, daß ich im ersten B. meiner Geschichte auch in die deutsche Rechtsgeschichte pfuschen werde?

28.

Berlin 11. Okt. 1814.

Sie machen es mir, wie dem Publikum, lieber Heise, Sie wollen uns beide sehr gründlich bedenken, und darum müssen wir zu unsrem Schaden und Verdruß alles entbehren. Diesesmal ist denn Ihr Brief für mich in eine sehr ungünstige Zeit gekommen, ich war eben im Ausziehen begriffen, meine Frau kam nieder (so daß ich der erfreulichen Geburt Ihrer Tochter die meines Sohnes entgegen setzen kann) und ich mußte aufs eiligste mein Buch schreiben. Darum haben Sie nun Mitleid mit mir, liebster Freund, den 24. d. fange ich unfehlbar die Pandekten an, und bis dahin möchte ich gar gerne, daß meine Zuhörer Bogen haben könnten, und ich durch Sie wüßte, in welcher hiesigen Handlung diese Bogen zu finden seyen. Wie gesagt, haben Sie Mitleid, und schreiben Sie mir umgehend, wenn schon nur zwey Worte. Ihre Abänderungen gefallen mir vorläufig ungemein wohl, ein bestimmteres Urtheil aber muß ich mir vorbehalten, bis ich durch eignen Gebrauch mehr Anschauung davon haben werde. Was die Chrestomathie betrifft, so bitte, ja beschwöre und flehe ich, machen Sie sie, wenn es noch Zeit ist, in der Art gemeinschaftlich wie die mitgetheilten Proben lauten. Es ist mir gar zu wichtig, wenn ich es selbst thun wollte, so würde ich es nur nach gründlicher Revision des Ganzen (mit welcher Sie jezt schon zu Ende sind) thun können, und dazu komme ich bestimmt in diesem Winter nicht, wo ich Pandekten lese,

dem Kronprinzen ein privatissimum halte und den ersten B. meines großen Buchs schreibe. Auch davon also geben Sie Nachricht und schicken Sie Bogen. Hören Sie? Ihre Aufträge wegen der LL. restitutae sollen besorgt werden, ich freue mich sehr auf Ihre Untersuchung. Auch den Plan der Edition von libri feud. finde ich noch immer sehr schön, obgleich ich zweifelhaft bin, ob ich nicht manchen anderen bey Ihnen die Priorität wünschen soll.

Wenn Sie herkommen wollten, das wäre prächtig, obgleich ich Ihnen nie verzeihe, daß Sie nicht mein College geworden sind, besonders wenn ich gewiß wüßte, daß dieses aus persönlichem Haß gegen mich geschehen wäre! Ich habe gar viele Projecte, und ich wüßte wenig Menschen, mit welchen ich sie einmal so gerne besprechen möchte als mit Ihnen. Machen Sie mit Hugo Gesellschaft. Unsern Universitäten fehlt eine höchstnöthige Einrichtung, eine Art von Börse, wo die literarisch thätigen Professoren in der Mitte von Deutschland alle paar Jahre zusammen kämen, auf öffentliche Kosten versteht sich. Wäre für die Wissenschaften sehr wichtig! Am besten wäre es in Göttingen der Bibliothek wegen, dann werden wir Fremde bey Euch einquartiert.

In der lezten Zeit habe ich mich meist mit Mittelalter beschäftigt, auch rein germanistischem, der erste Band meiner Geschichte soll davon Zeugniß ablegen.

In einigen Tagen wird mein kleines Buch gegen Gesetzbücher und Thibaut fertig, das Sie gleich haben sollen. Sie müßten mir aber auch Ihre Meynung darüber sagen.

Leben Sie wohl, Gruß an Hugo Ihr S.

29.

Berlin 22. Oct. 1814.

Der erste Bogen, liebster Heise, welchen Sie mir zu schicken die Güte gehabt haben, ist mit Ihrem Briefe vom 1. Oct. vor 3 Tagen hier angekommen. Ich habe ihn an die Realschulbuchhandlung abgegeben, und bitte nunmehr die übrigen direct an dieselbe zu senden. Vielleicht können das nächstemal mehrere Bogen zusammen gepackt werden, dann wird Postporto und Mühe erspart. Ich bitte

nur darauf Rücksicht zu nehmen, daß ich vor Weihnachten das ganze Sachenrecht (und etwas darüber) in Händen haben könne. Seitdem müßen Sie nun auch einen großen Brief von mir über die Chrestomathie erhalten haben. Hat dieser Ihr Herz gerührt, so kommt vielleicht mit der nächsten Sendung auch davon ein Bogen mit, nur müßte ich bitten, deren Preis dann sogleich besonders zu notificiren. Den Preis des Buchs habe ich zu 20 gr. angesezt.

Nach dem, was Sie über Thibaut sagen, bin ich nun in großer Besorgniß wegen des Schicksals, das meine Schrift bey Ihnen haben wird, beruhigen Sie mich darüber bald. Wenn ich über den Werth seiner Ansicht zweifelhaft geblieben wäre, so würde mich die Selbstrecension[1]) ganz zur Ruhe gebracht haben, denn die ist viel ärger als die Schrift selbst, und so daß ich dergleichen einem verständigen Mann nicht zugetraut hätte. Ich habe ihm zugleich mit meiner Schrift ausführlich und herzlich geschrieben, und bin nun in Erwartung, wie er alles aufnehmen wird. In Wien sind wahrscheinlich schon vorgestern einige Dutzend Exempl. meines Büchleins angekommen. Treiben Sie unsern Freund Hugo, daß er mir schreibt und mich recensirt.

Hierbey einige Beyträge zu Ihren LL. restitutae Codicis. Es ist ein Glück, daß Sie von Heidelberg weg sind, bey Thibaut wären Sie mit solcher Mikrologie schön angekommen! In der That wäre auch mehr zu Untersuchungen über das Chinesische Recht zu rathen, nur müßten sie mit Geist geschehen, d. h. ganz im allgemeinen, und nur um Gottes willen keine Quellen, sonst haben wir ja wieder Chinesische Mikrologie. Leben Sie wohl.

Ihr Savigny.

30.

Herrn Justizrath Heise zu Göttingen.

Berlin 25. Okt. 1814.

Gestern, mein theuerster Heise, habe ich durch Ihren Brief erfahren, daß ich zu dem schon vorhandenen ersten Bogen bald einen 2ten, 3ten u. 4ten erhalte, worüber ich

[1]) Heidelb. Jahrbb. v. 1814 H. 6 S. 526.

mich freue. Der erste ist mir sehr lieb, manche Bemerkung theile ich Ihnen besser einmal mündlich mit. Auf die Chrestomathie leiste ich nun förmlich Verzicht und lasse meine Bogen neu drucken. Leben Sie recht wohl. Von Herzen

Ihr Savigny.

31.[1])

Herrn Justizrath Heise zu Göttingen.

Berlin den 18. April 1815.

Ich habe sogleich über Ihren Wunsch mit mehreren Freunden gesprochen und über die Wahrscheinlichkeit des Gelingens sehr verschiedene Nachricht erhalten. Bey der Artillerie ist es schwerer als in anderen Waffen Officier zu werden für den der aus anderem Dienste kommt. Das zuverlässigste über den einzuschlagenden Weg ist folgendes. Alle Anstellungen der Officiere gehen unmittelbar durch den König und die hiesigen Behörden haben darauf, wenigstens auf die erste Einleitung, wenig Einfluß. Lassen Sie also Ihren Bruder unmittelbar an den König schreiben, Zeugnisse beylegen, den Brief aber offen einem anderen beylegen, den er zu gleicher Zeit an H. Obristlieutenant von Thiele, Flügeladjutant Sr. Maj. des Königs v. Pr., Ritter mehrerer Orden etc. nach Wien schreibt. Dieser hat allen Militärvortrag, und man versichert mich, daß Ihr Bruder bald Antwort haben würde. Ob er sogleich den eventuellen Entschluß als Unterofficier einzutreten in den Brief an Thiele einfließen lassen oder es damit bis zu einer möglichen abschlägigen Antwort bewenden lassen will, muß ich ihm selbst überlassen.

Der erste Band meiner Geschichte geht heute an Sie ab; vielleicht lassen Sie mir einmal durch Hugo sagen, ob Sie ihn bekommen haben. Gott befohlen

Savigny.

32.

Berlin den 24. Nov. 1815.

Im Auftrag meines alten Freundes Gönner richte ich hiermit an Sie eine provocatio ex L. diffamari. Ich weiß

---

[1]) Zur Erläuterung dieses auf Heises Bruder August bezüglichen Briefs vgl. v. Bippen S. 184 f.

nämlich durch Hugo, daß Sie geäußert haben, Sie wollten, wenn Sie dazu kämen, noch allerley Gründe, unter andern aus Ihrer praktischen Erfahrung gegen die neuen Gesetzbücher, für die Gefahren derselben etc. etc. vorbringen. Dieses wahr zu machen werden Sie also durch bemerkte Provocation aufgefordert.

Aber im Ernst, liebster Freund, bitte ich Sie darum recht dringend. Es ist jezt eine Zeit, wo diese Gedanken bey vielen in Bewegung sind, und Ein tüchtiges Wort darüber in einer so bewegten Zeit kann oft mehr fruchten, als Zehne die nach Jahren gesprochen werden, wenn jener Streit von den meisten wieder zu den Acten gelegt worden. [1]) Ich weiß alles, was bey Ihnen und in Ihnen dagegen ohne Zweifel spricht. Zuerst Ihre Bescheidenheit, die ich ganz unglaublich hasse weil sie wirklich vom argen ist und zum bösen führt: dann zuverlässig Ihre Gewohnheit zu leben und zu arbeiten, in welcher Sie gewiß nun seit Jahren verstrickt sind, und von welcher Sie abweichen müßten, wenn Sie dergleichen ausarbeiten und schnell ausarbeiten wollen. Wären Sie träge oder unthätig, das ließe sich leicht überwinden, aber Sie sind höchst arbeitsam, Ihre Zeit ist gewiß genau eingetheilt, und mit sehr wesentlicher Arbeit gefüllt. Diese also muß anders gerückt, zum Theil aufgeschoben werden, wenn jenes möglich werden soll. Ich begreife, wie das schwer ist gerade für den, der seine Arbeit so wie Sie ernst und gewissenhaft nimmt, sehr schwer. Dennoch, wenn Sie sich wirklich lebhaft von der Richtigkeit der Sache und des Moments überzeugten, würden Sie glaube ich jenen Widerspruch der Bescheidenheit und diese gewohnte Einrichtung überwinden können. Mir scheint es eine recht ernste Pflicht, daß jeder der Kräfte dazu hat, dieser Sache seinen Beytrag nicht entziehe: ja schon dieses scheint mir bedeutend, daß Jeder, auf den Viele mit Achtung und Vertrauen hinsehen, seine Stimme abgebe, damit über seine Meynung kein Zweifel sey. Dixi, und auf Ihre Seele sey es gelegt.

Ich kann Ihnen nicht sagen, wie sehr ich mich gefreut

---

[1]) Die folgenden Sätze schon bei v. Bippen S. 207.

habe, Sie einmal wieder zu sehen, und wie gerne ich mehr und öfter mit Ihnen seyn möchte. Auch jene Freude war freylich sehr gemischt, wir waren so kurz zusammen, daß die meisten Dinge gar nicht einmal berührt werden konnten, und dann hatte ich dabey zugleich das Gefühl, daß dieses nun wieder für lange Zeit alles seyn würde, weil, wer nicht mit Ihnen an einem Orte lebt, ungefähr in eben so lebhaftem Gedankenverkehr mit Ihnen steht, wie wenn Sie einer der 4 Commissarien in S. Helena wären. Ich sage das ohne Vorwurf, blos betrachtend was ich nun einmal für unabänderlich halte.

Gestern habe ich von Ihrem Bruder einen Brief aus Graudenz gehabt; er hat um den Abschied gebeten und wünscht die Armeeuniform tragen zu dürfen. Ich will hoffen, daß man ihm wenigstens diesen billigen Wunsch gewährt.

Leben Sie wohl, mein liebster Freund von Herzen

Ihr Savigny.

Wie steht es mit Ihren Pandekten? Ich bitte Sie um Gotteswillen, schicken Sie bald den kleinen Rest. Haben Sie dann etwa noch ein Schreibpapierexemplar, so bitte ich darum. Aber nur ja bald den Rest!

33.[1])
An Heise.

Erinnern Sie sich, daß vor einigen Jahren die Inhaber der Wiener Bankobligationen noch baares Geld zuschießen mußten? Man nannte das ein Arrosement, und wenn Sie

---

[1]) Dieser Zettel — es ist kein Brief — trägt kein Datum: vermutlich ist er Heise durch einen Mittelsmann überbracht worden. Er datiert sehr wahrscheinlich aus dem Jahre 1816. Im Jahre 1815 war der erste Band der Z. f. gesch. R.-W. mit Savignys Abhandlung über D. 24, 1, 44 erschienen, die im Jahrg. 1816 der Heidelb. Jahrbb. S. 107 f. von einem anonymen Rezensenten sehr ablehnend besprochen wurde. Als Verfasser dieser Rezension, auf die Savigny auch im System (IV S. 571 in der Note) Bezug nimmt, wird Erb (s. u. S. 142 N. 2) anzusehen sein; sie enthält auch die Bemerkung über das Wort ipsius (vgl. dazu auch Savignys System a. a. O. S. 579 a). Die Hoffnung auf Beiträge, wovon in dem Brief die Rede ist, bezieht sich auf Beiträge zu Savignys Zeitschrift.

diese Zeilen als ein Arrosement meiner unbeantworteten Briefe ansehen wollen, so kann ich nichts dagegen einwenden, denn Sie so wenig als die Wiener Bank suchen sich durch baare Zahlung in Kredit zu erhalten, nur mit dem Unterschied, daß die Bank Papier hergab mehr als den Leuten lieb war, Sie aber gerade mit beschriebenem Papier über alle Gebühr geizig sind. Sie haben mir einmal zu kleinen exegetischen Aufsätzen Hoffnung gemacht, könnte daraus nicht bald etwas werden? Außer meiner allgemeinen Begierde darnach habe ich jezt noch ein specielles Interesse. Ich wäre nämlich nicht abgeneigt, etwas über Cic. pro Tullio zu arbeiten, zum Theil gegen Cramer. Dazu brauche ich ganz hauptsächlich L. 2 § 7 vi bon. rapt., und hierin kann ich ohne Ihre treffliche Emendation[1]) keinen Schritt thun. Überlegen Sie nun, wie Sie mir hierin helfen können? Je mehr diese Hülfe außerdem einbringt, desto dankbarer werde ich seyn.

Erb[2]) hatte u. a. die Nase darüber gerümpft, daß ich in L. 44 de don. int. v. et ux. das ipsius erklärt hatte durch: ihre allein, im Gegensatz von utriusque. Hierüber bitte ich zu vergleichen L. 17 § 2 de praescr. verbis, L. 21 de damno infecto.

Savigny.

34.

Herrn Professor Heise.

Berlin den 24. April 1816.

Mein liebster Heise, ich muß sogleich noch mit einem kleinen Nachtrag zu unsren Gesprächen kommen. Er betrifft das Recht des Vaters an der Dos, worin Sie mich, wie ich jezt glaube, mit Unrecht irre gemacht haben.

Vor Justinian war es sicher so:

1. Der extraneus konnte die von ihm gegebene Dos stipuliren, sonst hatte die Frau die a. rei uxoriae.

[1]) Vgl. Savigny, Verm. Schr. III S. 233. Es handelt sich um die bekannte Transposition in der fraglichen Stelle.

[2]) Jedenfalls Karl August Erb, seit Mai 1814 ao. Professor der Rechte an der Universität Heidelberg, 1821—65 ordentl. Professor, † 1873. Vgl. auch den Brief Nr. 37.

2. Der Vater, der sie in potestas hatte, konnte auch stipuliren, dann hatte er ganz frey die a. ex stip. That er es nicht, so hatte er nur die a. rei ux., und diese zwar unter ganz besonderen Beschränkungen, nämlich:
   a) gleich jezt so, daß er an den Consens der Tochter gebunden war
   b) für die Zukunft dadurch, daß die Klage bey Emancipation oder bey des Vaters Tod auf die Tochter fiel, anstatt bey ihm zu bleiben, oder auf seine Erben über zu gehen.

Wenn daher der Vater durch Unterlassen der Stipulation diese Beschränkungen eintreten ließ, so lag darin eine Schenkung an die Tochter.

Daraus zu erklären L. 49 § 1 sol. matr., vgl. mit L. 4 § 31 de doli except.

Justinians Bestimmungen:

1. Der extraneus kann stipuliren, sonst hat die Frau die a. ex stipulatu.
2. Der Vater braucht nicht stipuliren, sondern er hat auch ohnehin die tacita a. ex stipulatu.

L. un. § 13 in f. C. de r. u. a.

Aber seine a. ex stipulatu ist zum Besten der Tochter von jezt an denselben Beschränkungen unterworfen, welchen bis jezt nur seine a. rei ux. unterlag.

L. un. cit. § 14 und § 11.

Bis dahin ist alles klar bestimmt. Man könnte nun aber weiter gehen, und sagen, diese Beschränkungen in § 14 und § 11 seyen nur gemeynt für die tacita actio ex stip. des Vaters, nicht für die expressa, es müsse also dem Vater frey stehen, sich durch ausdrückliche Stipulation die unbeschränkte Klage zu verschaffen. Allein diese Unterscheidung der expressa und tacita a. ex stip. scheint mir dem Sinn der Justinianischen Constitution ganz widersprechend. Verwirft man nun diese Unterscheidung, so ist das Recht des Vaters durch Justinian dergestalt eingeschränkt worden, daß er die von ihm gegebene Dos in eine receptitia nicht mehr verwandeln kann, welches denn auch den Schlußworten des § 14 sehr angemessen ist. Dann aber enthält

die väterliche dotis constitutio auch nicht mehr, wie dieses oben vom alten Recht bemerkt worden ist, eine Schenkung. Die hier bemerkte Neuerung zum Nachtheil des Vaters wird mir noch wahrscheinlicher durch die von ganz ähnlichen Ansichten ausgehende Nov. 97 C. 5. Dieses alles in Eile, lassen Sie mich bald mit wenig Worten Ihre Meynung darüber wissen. Gott befohlen. Ihr

Savigny.

35.

Herrn Justizrath Heise zu Göttingen.

Nebst einem Journalheft.

Berlin 23. Nov. 1816.

Mein liebster theuerster Freund!

Seit meiner Reise nach Göttingen[1]), die mir besonders auch durch die freundliche Güte, womit Sie mich aufgenommen haben, so erfreulich geworden ist, habe ich mir stets vorgenommen, an Sie zu schreiben: aber Sie wissen ja auch, wie man dazu gelangt, solche Vorsätze unerfüllt zu lassen. Sie haben mich seit dieser Zeit noch durch Mittheilung der bewußten Abschrift erfreut, wofür ich herzlich danke.

Ich habe immer eine stille, obwohl vielleicht nicht sehr vernünftige, Hoffnung gehegt, daß Zeit und einsames Nachdenken in Ihrer Seele gewissen Gründen von selbst den Sieg verschaffen, und daß Sie mich plötzlich mit einer solchen Siegespost überraschen würden. Sagen Sie mir aber doch, wie diese Sache innerlich steht, und ob sich in derselben nichts, auch gar nichts, geändert hat. Es wäre übrigens leicht möglich, obwohl mir sehr unangenehm, daß Ihnen etwas von hier aus über die Sache zu Ohren käme, freylich ganz ohne meine Schuld. Sie wissen, daß ich Auftrag hatte, daraus folgt daß ich Bericht abstatten mußte (man konnte mich mit der actio mandati directa zwingen), und nun höre ich, daß der Minister hie und da mit unangenehmer Offenherzigkeit von der Sache gesprochen hat. Doch hoffentlich dringt das nicht über den Harz.

[1]) Bezieht sich auf den oben (S. 140f.) erwähnten eintägigen Besuch Savignys in Göttingen.

Das neueste Journalheft[1]) ist zu wichtig, als daß ich Ihnen nicht aufs schnellste diese Neuigkeit zuzuführen suchen müßte, wie hierdurch geschieht. Bringen Sie aber auch die Sache etwas unter die Leute, nämlich die Studenten, in Göttingen hat das Journal, wie die Buchhandlung behauptet, bis jetzt 2, sage zwey, Käufer, was mir fast etwas zu wenig dünkt. Es wäre mir doch leid, wenn es aus Mangel an Unterstützung aufhören müßte, wo wollte ich dann auch die vielen Aufsätze hinbringen, die Sie mir beständig dafür schicken? Aber im Ernst, erbarmen Sie sich nicht endlich einmal über uns mit den Sachen, die Sie ja schon so lange fertig liegen haben und nur auszubürsten und wegzuschicken brauchen?

Ich weiß nicht, ob Sie an Schraders neuem Aufsatz über die Ausgaben des Corpus Juris[2]) eben so großes Behagen haben als ich. Mir scheint, damit ist der erste recht solide Schritt geschehen zu einer künftigen planmäßigen Bearbeitung des Textes.

Noch bin ich Ihnen bis jetzt Antwort wegen der Dos schuldig geblieben. Sie wollen in der L. un. C. de r. u. a., um Vereinigung mit dem alten Recht zu erhalten, zwischen zwey Fällen möglicher Stipulation des Vaters unterscheiden: 1. dotem reddi, dann soll doch die Tochter dasselbe haben, wie ohne Stipulation 2. dotem sibi soli heredibusque reddi, dann soll es der Vater allein haben. Ich gestehe, daß mich das nicht überzeugt. a) Die Nothwendigkeit einer Vereinigung mit dem alten Recht ist überhaupt am geringsten bey Constitutionen, die recht eigentlich auf Reformation des Rechts ausgehen. b) Eine wahre Vereinigung mit dem alten Recht erfolgt ja doch nicht, da das alte Recht unläugbar auch im ersten Fall für den Vater sprach, es ist also doch nur die Rede von etwas mehr oder weniger Abweichung. c) Es ist mir gar nicht im Sinn der Constitution, zu unterscheiden zwischen stipul. expressa und tacita, aber noch weit weniger zwischen stipul. expressa mit dieser oder jener Formel. Wäre das die Meynung dennoch gewesen, da

[1]) Es handelt sich vermutlich um Bd. 3 H. 1 der Z. f. gesch. R.-W., worin Savigny Niebuhrs Veroneser Entdeckungen ankündigte.

[2]) Vgl. Schraders zivilist. Abhandlungen (1816) S. 355f.

es so wenig in der allgemeinen Art des Justin. Rechts ist, so hätte es gewiß gesagt seyn müssen. Alles was ich Ihnen zugebe, ist daß ein allgemeines Gefühl der Billigkeit für Ihre Ansicht spricht, aber für gesetzlich kann ich sie nicht erkennen.

Leben Sie wohl, mein theuerster Freund, grüßen Sie mir herzlich Ihre treffliche Frau, und bleiben Sie mir gut, so wie ich mich von Herzen nenne Ihren Freund

Savigny.

36.

An Heise.

Berlin 18. Jan. 1817.

Sie sind mir zwar einen Brief schuldig, ich kanns aber doch nicht lassen, liebster Heise, Ihnen mit wenig Worten für Ihren überaus vortrefflichen Beytrag zur Zeitschrift zu danken.[1]) Aufrichtig, ich bin stolz darauf diese Arbeit ins Publikum einführen zu dürfen. Die Erklärung der liberta Caesaris, das pignoris jure, — das alles ist meisterhaft. Über einiges werden Sie mir meinen gedruckten Widerspruch schon zu gute halten. Aber über eines müssen Sie mir ausdrücklich Ihre Verzeihung erklären, sonst habe ich keine Ruhe. Nämlich p. 304 steht jetzt: Ein Lat. Junianus (Sie hatten geschrieben: Latinus, ohne Zusatz) und: jus testamenti faciendi (Sie hatten gesagt: testamentifactio). Nach meiner Überzeugung hatte der Lat. Jun. so gut testamentifactio als der filiusfam., beide konnten daher Testamentszeugen seyn, testiren konnten sie nicht, weil sie kein Vermögen hinterlassen konnten. Aber der Latinus colon(*i*)arius konnte gewiß auch ein Testament machen. Verzeihen Sie mir das?

Gott befohlen und von ganzem Herzen Ihr Freund

Savigny.

[2]) Mein lieber Heise, haben Sie denn gar noch kein gescheutes Wort mit Ihrer Frau über Ihre Hierherkunft gesprochen, es ist gewaltig schön hier, und lange nicht so philisterhaft als bey Ihnen in Göttingen. Denn vorgestern

[1]) Z. f. gesch. R.-W. III S. 297f.

[2]) Die Nachrift von anderer Hand, offenbar von Frau v. Savigny.

ist das erste dieser art bey hiesiger Universität begangen worden; Savigny ist nehmlich Geheime Justitz Rath geworden, was Sie schon längst sind, entschließen Sie sich rasch, so rasch als ich dazu kam diese Zeilen zu schreiben um Sie und Ihre liebe Frau zu grüßen.

37.

Herrn Hofrath Heise zu Göttingen.

Berlin 11. März 1817.

Tausend Dank, mein liebster Freund, für die sehr interessanten Beyträge zum Besitz, die mich bey Ihrer großen Arbeit doppelt gerührt haben. Wollen Sie Ihre milde Hand ferner aufthun, so thun Sie es bald, aber geben Sie sich ja keine Mühe mit Ordnen und Abschreiben, schicken Sie mir nur was Sie an Papierchen darüber aufraffen können, ich wills schon ordnen und dankbar nutzen. — Die Emendation zu L. 1 C. ne fil. pro patre ist trefflich. — Thibaut hat mir bey einer zufälligen Veranlassung äußerst freundschaftlich ordentlich warm geschrieben. Die unangenehmen Äußerungen von Erb seyen ganz gegen seine Erwartung herein gekommen, ein Redacteur könne nicht wie er wolle, vieles habe er noch weggearbeitet, (das mag erst schön gewesen seyn!). Ich gestehe Ihnen, der Brief hat mir einen unangenehmen falschen Eindruck gemacht. Lassen Sie das unter uns bleiben: — Es ist wunderlich, wie sich entgegengesetzte Ansichten leicht in alles hineinbilden. Thibaut in den Abhandlungen erhebt überall den Paulus und sezt den Ulpian sehr niedrig, und ich habe seit langer Zeit, Anfangs ganz unabsichtlich, Materialien zur Begründung der entgegengesezten Ansicht (besonders gegen Paulus) gesammelt. — Grüßen Sie Hugo, sagen Sie ihm unsere Briefe hätten sich gekreuzt, und ferner er soll in Cramers Ciceronis partes ineditae p. 112 die große Note von Heinrich über Savinius lesen. Gott befohlen. Von Herzen

Ihr

Savigny.

38.

An Heise.

Berlin den 28. März 1817.

Sonst, liebster Heise, pflegt man für empfangene Wohltaten sich dankbar zu erweisen, Sie aber werden jezt für Ihre trefflichen Bemerkungen über den Besitz, die zum Theil schon verarbeitet sind, bestraft, indem ich Sie um weitere Auskunft bitten muß. Ihr Urtheil gilt mir nun einmal gar überaus viel! Über die Emphyteuse nämlich habe ich schon seit Jahren im Herzen Buße gethan, und hoffe Ihnen jezt auch öffentlich zu genügen. (Aus Ihrer Bemerkung aber schließe ich doch, daß Sie hierin mit Düroi, der das jus in re durchaus auf Municipalgüter beschränkt, nicht übereinstimmen).

Dagegen in Ansehung der superficies kann ich mit Düroi und Ihnen nicht einig werden. Dürois ganze Argumentation ist höchst ähnlich derjenigen, deren ich mich bis jezt bey der Emphyteuse bedient habe. Das Resultat ist hier und dort: der Grundeigentümer habe so etwas wie ein ex jure quiritium, der Superficiar so etwas wie ein in bonis. Ich sage, so etwas, denn unmittelbar wird es nirgends so genannt. Wo wir nun einen solchen Gegensatz finden, da ist es stets die aequitas, d. h. das jus gentium, welches (meist vom Prätor unterstüzt) dem Civilrecht gegenübersteht: so bey der naturalis cognatio, der bonorum possessio, dem bonitarischen Eigenthum. Hier aber soll die aequitas dem jus civile und dem jus naturale entgegenstehen, wie Duroi p. 65 sagt und wegen L. 2 de superf. sagen muß: wer hat aber je von einer so widerspenstigen rechthaberischen aequitas im R. R. gehört? Mir scheint, der Grundsatz der Unzertrennlichkeit von Boden und Haus ist in so vielen Stellen (nicht blos in L. 2 de superf.) anerkannt, und als ein natürlicher, keineswegs der Subtilität angehöriger Grundsatz anerkannt, daß man deshalb alle Versuche aufgeben müßte, verschiedene Eigenthümer beider Stücke aufzusuchen, selbst wenn diese Verschiedenheit durch den Gegensatz von ex jure quiritium und in bonis vermittelt werden sollte. Dagegen ist für diesen Fall das

einfache, vom Ususfructus her nahe liegende Verhältniß eines jus in re zur Proprietät so brauchbar, daß durch dessen Annahme alle Schwierigkeit verschwindet. Mir scheint, die Hauptsache ist hier die Erklärung von L. 3 § 7 uti poss., und vielleicht glückt es mir, Sie durch folgende Paraphrase dieser Stelle zu gewinnen. Der Hauptirrthum liegt in der allgemeinen Voraussetzung, die Stelle spreche von Anfang bis zu Ende von demselben Fall, nämlich von einem jus superficiei, da doch in dem Caeterum superficiarii eine deutliche Hinweisung liegt, daß nunmehr zu einem ganz neuen Gegenstand übergegangen werden soll. Der Gegenstand der ersten Hälfte ist durch das quasi dominus deutlich genug bezeichnet, und das in dieser ersten Hälfte vorkommende Wort superficies ist offenbar im objectiven Sinn zu nehmen, für das daraufgebaute, in welchem Sinn es ja auch in solchen Stellen vorkommt, worin an ein jus superficiei gar nicht zu denken ist. Nach dieser Vorbereitung wende ich mich zu meiner Paraphrase.[1])

„Ich bewohne und besitze ein Haus, über dieser meiner Wohnung ist ein oberes Stockwerk, welches ein anderer bewohnt und zwar nicht als Miether, nicht als Usufructuar, sondern (so wie ich das untere Stockwerk) quasi dominus. Jeder von uns übt also in seinem Stockwerk wirklich solche Besitzhandlungen aus, die ihm, wenn sein Stockwerk allein in Betracht käme, unfehlbar das interdictum uti possidetis geben würden. Wie geht es nun bey dieser Concurrenz? Man könnte denken, jeder bekomme das Interdict für das von ihm besessene Stockwerk. Das geht aber nicht wegen des natürlichen Grundsatzes semper superficiem solo cedere, kraft welches Grundsatzes mehrere Stockwerke eben so wenig verschiedene Eigentümer als verschiedene corporis possessores haben können. Also muß nur einer als der wahre und einzige Besitzer des ganzen Hauses betrachtet und durch das Interdict geschüzt werden. Und zwar soll diesen Vorzug in der Regel genießen der untere Bewohner, so daß dessen Wohnung als das eigentliche Haus, die obere aber als eine blos aufgesetzte Erhöhung betrachtet wird. Indessen ist dieses doch nicht allgemein wahr. Es wäre

[1]) Vgl. die Erläuterung der Stelle im Recht des Besitzes (7. Aufl. S. 290 f.).

nämlich möglich, daß die obere Wohnung das eigentliche Hauptgebäude ausmachte, was daran erkennbar wäre, daß der Eingang zu ihr nicht durch eine Treppe aus dem untern Stock, sondern unmittelbar von der Straße herein gienge; die untere Wohnung wäre dann eine bloße *κρυπτη*, ein Souterrain, eine Kellerwohnung. Nun wäre der obere Bewohner der wahre Hausbesitzer, er wäre derjenige, „cuius aedes supra *κρυπτας* essent", so daß man nicht von dem Kellereinwohner sagen könnte: „ab eo aedes possideri". Darum muß nun der obere das Interdict haben. — So geht es in den Fällen, in welchen jeder sein Stockwerk quasi dominus besaß. Ganz anders wenn von einem jus superficiei die Rede ist, d. h. wenn der obere Bewohner gar nicht einmal Eigenthum behauptet, sondern nur jenes jus in re. Nun geht es nach der bekannten sicheren Regel, die überall eintritt bey der Concurrenz von Eigenthum und jus in re, so wie von corporis possessio und juris quasi possessio. Der Eigenthümer hat nun allein die corporis possessio und das int. uti possidetis für das ganze, selbst für das Stockwerk woran der andere das jus superficiei hat, gerade so wie er auch die rei vindicatio für das ganze hat. Nur freylich hat neben ihm auch der Superficiar seine actio in rem superficiaria und sein int. de superficiebus. Gesezt nun, der Eigenthümer gebraucht die rei vindicatio gegen den Superficiar, so steht ihm dessen actio in rem als Exception entgegen (ganz wie in demselben Fall die exceptio hypothecaria des Pfandgläubigers), und eben so steht ihm als Exception das Interdict de superf. entgegen, wenn er sich etwa beygehen läßt, das int. uti poss. unbedingt und gegen die in der lex locationis enthaltene Übereinkunft gegen den Superficiar zu brauchen."

So weit meine Paraphrase, die mich sehr in meiner ganzen Ansicht bestärkt, und worüber Sie mir nothwendig Ihre Meynung sagen müssen. Ich fordere gar nicht eine weitläufige Antwort, sondern nur daß Sie dies lesen und durchdenken und mir mit wenig Worten sagen ja oder nein, und im lezten Fall, was Sie dagegen haben, so weit dieses mit wenig Worten geschehen kann, sonst verlange ich es nicht weil ich Ihre Zeit respectire. Legen Sie aber ja auch Hugo den ganzen casum vor, so wie den Rest des Briefes.

Nämlich ich setze nun noch hinzu, daß Labeo blos ein paar einfache, gewöhnliche Fälle entschieden, keinesweges alle denkbaren Fälle erschöpft hat. Wie wenn das untere Stockwerk in der That das Hauptgebäude ist, das obere aber dennoch durch angesezte Leitern oder Treppen Communication mit der Straße hat? nun muß wohl der untere Bewohner gewinnen, obgleich der obere den aditus ex publico vorzeigen kann. So war es ohne Zweifel in dem Hause der Sulpicia Liv. 39. 14, denn die meretricula hat man gewiß in den geringeren Theil der Wohnung, in die Mansarden logirt, und doch werden da die scalae ferentes in publicum ausdrücklich bemerkt. Übrigens habe ich mir dieses alles so zusammengedacht blos nach den Gesetzen eines natürlichen Zusammenhangs, und ich gestehe gerne, daß derjenige, der eine genaue Kenntnis der Römischen Architectur mit hinzu bringt, hierin klarer sehen muß als ich.

Zum Schluß will ich versuchen, Ihnen Ihre schönen Transpositionen quantulumcunque zu vergelten. Seit vielen, vielen Jahren quält mich L. 1 pr. quorum bonorum. Jezt setze ich die Worte si nihil usucaptum esset unmittelbar vor id illi restituas und paraphrasire so: „Du sollst vermöge dieses Interdicts restituiren 1. alles was du pro herede besitzest 2. oder pro possessore 3. oder pro her. oder pro poss. besitzen würdest wenn du nicht durch dolus den Besitz aufgegeben hättest 4. jedoch auch in allen diesen Fällen soll ausnahmsweise das Interdict nicht gelten für alle die Sachen, die der Kläger bereits usucapirt hat".[1]) — Der Grund dieser Ausnahme liegt darin. Das Interdict war etwas neues, was nicht weiter gelten sollte, als es durchaus nöthig war. Für die usucapirten Sachen aber war es nicht nöthig, denn für diese hatte man die alte Vindication. Völlig bewiesen scheint mir diese Erklärung des si nihil usucaptum esset durch den Parallelismus der actio publiciana, wobey es in demselben Sinn heißt: si . . . nondum usucaptum petet, judicium dabo (nämlich dieses neue judicium, wenn usucapirt ist, bleibt es bey der Vindication).

[1]) Dieser nicht haltbare Gedanke wurde von Savigny selbst später fallen gelassen. Vgl. seine Abh. über das interd. Quorum bonorum, verm. Schr. II S. 228 f.

Viele beziehen das si nihil usuc. esset auf den Beklagten, der durch Usucapion frey werden soll. Das ist auch wahr, aber bey ihm braucht es keiner besonderen Ausnahme, sondern es ist schon durch das pro herede vorbedacht. Denn nach der Usucapion besizt er gar nicht mehr pro herede sondern pro suo, sein titulus universalis (sit venia verbo) hat sich in einen tit. singularis verwandelt, (L. 3 § 4 de poss.) und er ist nun gegen das Interdict ohnehin und ohne specielle Ausnahme eben so sicher als gegen die hereditatis petitio. Man könnte das auch so begründen: was er usucapirt hat, ist nun gar nicht mehr de his bonis.

Das heißt ein langer Brief. Gott befohlen und herzliche Grüße an alle Freunde. Ihr

S.

In diesem Augenblick erhalte ich die Ernennung zum Mitglied des neuen Staatsraths und den Befehl, bey der feyerlichen Eröffnung am 30. d. zu erscheinen. Bis heute (den 29.) hat niemand etwas sicheres von diesem Staatsrath gewußt.

38.[1])

Berlin 22. Jun. 1817.

Es wäre sehr undankbar, mein theuerster Freund, wenn ich Ihnen nicht auch noch unmittelbar sagen wollte, wie viel werth mir Ihre Bemerkungen zum Besitz sind. In der That, sie sind so durchdacht, so treffend, so (wenn ich sagen darf) gesund, daß ich nur bey sehr wenigen anderer Meynung seyn kann, die meisten aber unverändert und oft fast wörtlich aufnehme. Tausend Dank dafür. Ich hoffe, mein Besitz soll in dieser 3ten Ausgabe sehr gewinnen. Das sehe ich nun wohl, daß Sie auf meine Ansichten gründlicher und unbefangener eingegangen sind als irgend jemand den ich kenne, und daß Sie vielleicht mein bester Leser gewesen sind, so wie Sie ohne Vergleich mein bester Kritikus und Berichtiger sind. Ich bin begierig, ob ich es Ihnen in der 3ten Ausg. zu Dank gemacht haben werde. In wenig Wochen geht das Mspt. ab.

---

1) Teilweise schon bei v. Bippen S. 205.

Heute erfahren Sie auch viel neues aus Verona.

Mich hat, seitdem wir uns zulezt sahen, der Gedanke Sie zu besitzen nicht verlassen. Jezt bin ich auf einen neuen Weg gekommen, den ich Ihnen im Vertrauen mittheile. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß man bald suchen wird, unser Obertribunal durch gründliche Männer zu ergänzen. Die Arbeit dabey ist für einen gewandten Mann (wegen der sehr bedeutenden Appionssumme) nicht groß, und Sie könnten sehr gut daneben die Verpflichtung übernehmen, ein Collegium zu lesen. Dann aber würden Sie gerade recht in der Lage seyn, für die Vermittlung der Theorie und Praxis zu wirken, und ich weiß nicht, was unsrer Wissenschaft mehr Noth seyn könnte als eben dieses. Auf diesem Wege würde auch äußerlich die Ausführung sehr erleichtert seyn, mit jener Stelle ist eine Besoldung von circa 3000 Rt. verbunden, die Universität müßte eine Besoldung zulegen, und wenn man dann noch die Honorare zurechnete, so wäre gesorgt. Sagen Sie mir gelegentlich mit einem Worte, ob ich weiter darauf denken darf oder nicht. Von Herzen Ihr

Savigny.

39.

Berlin 16. Dec. 1817.

Es ist nun schon geraume Zeit, mein liebster Freund, daß ich Ihnen eine gewisse Frage vorgelegt habe. Da Sie darauf gar nicht geantwortet haben, so würde ich es für unbescheiden gehalten haben, darauf wieder zurück zu kommen, wenn mich nicht jezt ein Auftrag dazu nöthigte. Der Minister von Beyme nämlich, der jezt mit einer Revision unsrer Gesetzgebung beauftragt ist, ist mit mir überzeugt, daß das einzige, was uns helfen kann, in tüchtigen Männern besteht, und er wünscht deshalb Sie hierher zu ziehen. Vor allem aber soll ich nach Ihrer Geneigtheit fragen ehe weitere Schritte geschehen, denn bis jezt liegt diese Sache noch zwischen uns beiden und dem Staatscanzler, dem er vorläufig davon gesprochen hat. Zu diesem Zweck nun könnten folgende Anstellungen führen:

1. im Obertribunal (mit einem Gehalt von circa 3000 Rt.),

2. im Ministerium des H. v. Beyme,
3. eine, wenn auch noch so beschränkte, Theilnahme an den Geschäften der Universität.

Es könnte nun 1. und 3., oder 2. und 3., oder 1. und 2. combinirt werden, und im Fall Sie die ganze Sache nicht sogleich von der Hand weisen, bitte ich mir Ihre Wünsche über diese Combination, so wie über die übrigen Bedingungen mitzutheilen. Daß Sie nicht für immer Lehrer zu bleiben wünschen, haben Sie mir längst gesagt, daß Sie aber hier einen großen Wirkungskreis finden würden, so bedeutend wie an wenig Orten, das können Sie mir glauben. Wir beide, die wir ja in Hauptansichten übereinstimmen, würden durch vereinigte Kräfte viel ausrichten können. Die Stelle im Obertribunal ist nicht mit soviel Arbeit verbunden, daß nicht noch recht viel Zeit zu anderer Thätigkeit übrig bliebe. Und in das Preußische Recht würden Sie sich sehr bald hineingefunden haben.

Wie eigennützig ich bey dieser Sache bin, wissen Sie längst, und ich will Sie nicht mit der Wiederholung meiner persönlichen Wünsche ermüden. Antworten Sie mir bald, ob ich H. v. Beyme auffordern darf, weitere Schritte in dieser Angelegenheit zu thun.

Mit der herzlichsten Freundschaft ganz Ihr

Savigny.

40.

Berlin 27. Mai 1818.

Sie thun mir Unrecht, liebster Freund, wenn Sie glauben, daß ich Ihren Schritt[1]) getadelt habe. Daß Sie ihn thun mußten Ihrer Gesundheit und Zufriedenheit wegen, wußte ich ja, nur muß ich diese Nothwendigkeit selbst freylich sehr bedauern. Möchten Sie nur jezt alles so finden wie Sie es wünschen! Ich meyne immer, das Gericht der freyen Städte wäre ein noch würdigerer Beruf für Sie. Ich denke mir manchmal, daß dieses Gericht, mit sorgfältiger Auswahl und mit Rücksicht auf gelehrte Bildung besezt, nicht bloß für das Wohl dieser Städte, sondern für das Justizwesen in ganz Deutschland von großem Einfluß

---

[1]) Die Annahme der Berufung in das Justizdepartement in Hannover.

seyn könnte. Denken Sie nur an den Ruf und Werth des Obertribunals in Schwedischpommern, das noch viel abgelegener war und einen viel beschränkteren Wirkungskreis hatte. Eben so könnte das Jenaische Appellationsgericht sehr wichtig werden, aber es gehört dazu eine ernste, würdige Haltung auch der einzelnen Mitglieder, und in dieser Rücksicht hat in der neuesten Zeit unser Freund Martin sich selbst und dem Gericht geschadet, so wie auch Schmid nicht der Mann ist, der die eben erwähnten Eigenschaften besitzt.

Hierbey folgen meine ganz unbedeutende Beyträge zu Ihrem Lehrbuch. Wollen Sie mir aber eine wahre Wohlthat erweisen, so ändern Sie in der Ordnung so wenig als möglich, und wo eine Änderung nicht abzuwenden ist, machen Sie doch wenn es seyn kann, daß die Ordnung und Zahl der nachfolgenden §§ doch beybehalten werden kann. Ich habe so viele Citate an tausend Ecken stehen, die sich auf die bisherige Zahlen beziehen, und die ich unmöglich alle auffinden und durchcorrigiren kann. Besonders wichtig ist mir das im 3ten Buch, worin ich mich ohnehin nie ganz zurecht zu finden lerne.

Endlich folgt hierbey ein Probedruck des Gajus, nebst einer schriftlichen Erklärung der gebrauchten Zeichen. Theilen Sie mir bald Ihr bestimmtes Urtheil über Plan und Ausführung mit.

Mit herzlichen Grüßen an Ihre liebe Frau ganz Ihr

Savigny.

(Folgen zunächst eine Anzahl Ergänzungen zu Heises Buch, dann das Nachstehende.)

Ordnung.

Über Kap. 3 des ersten Buchs habe ich mich wohl schon früher geäußert. Gegen die jezt beabsichtigte Änderung habe ich nichts: es könnte dann der Eyd p. 27, besonders aber p. 84 ganz wegfallen, p. 69 müßte er stehen bleiben.

B. 2 Kap. 2 § 23. 24. 25. Ich kann weder die exc. rei vend., noch die actio publiciana hier schon erklären,

sondern handle stets am Ende des Kapitels in einem eigenen Anhang von dem alten in bonis (mit Einschluß der daraus entspringenden exc. rei vend.) und von der noch gültigen b. f. possessio und ihrer a. publiciana. Doch will ich darüber mit niemanden streiten, so wie mich auch diese geringe Abweichung von dem Lehrbuch wenig beschwert.

p. 43 Die Ausdrücke Servitutes urbanae und rusticae sind doch wohl nicht römisch.

p. 60. 61 Ich würde doch für § 34—38 eine allgemeinere Bezeichnung wählen, da hier die rechte und einzige Stelle ist, die Concurstheorie im Ganzen und für alle 5 Classen abzuhandeln, obgleich das Detail der 2ten und 3ten Classe nur remissiv (?) vorkommt.

p. 66. 67 Ich pflege § 82. 83 gleich hinter § 69 zu setzen, verlange aber deshalb keine Änderung.

Gegen die Änderungen in B. 3 Kap. 7 habe ich nichts. Die bisherige Stellung des depositi als einer Art des Mandats habe ich stets für wirklich unrichtig gehalten. Wäre es das, so würde auch die Römer nichts abgehalten haben, es nur so zu betrachten, indem ja das Mandat noch leichter als das depositum contrahirt wird, nämlich durch bloßen Consens, so daß ein Vortheil oder eine Erleichterung in dem besonderen Contract des depositi nicht liegt. Die Römer nehmen aber ein Mandatum rei custodiendae neben dem depositum, und verschieden davon, an. Vgl. L. 1 § 12. 13 depos. Der Unterschied muß also außer der historischen Ansicht der Contracte und vielmehr in den praktischen Begriffen selbst liegen, also auch von uns anerkannt werden. Ich denke mir ihn so. Im Mandat wird stets eine Handlung versprochen, hier also die Aufbewahrung. Der Depositar dagegen verhält sich ganz passiv, er verspricht keine Handlung, er gönnt uns nur seinen Raum, indem er uns erlaubt, die Sache da niederzulegen. Er ist also auch nur verpflichtet, das aufgenommene wieder zu geben, nicht auch dafür zu sorgen, also re, nicht consensu.

Bey den Intercessionen scheint mir die Änderung ganz unnöthig.

IV.

Zwei Bittschriften aus Lydien.

Von

Herrn Privatdozenten Dr. Egon Weiß
in Prag.

Unter den zahlreichen, durch Anton von Premerstein und Josef Keil veröffentlichten Inschriften aus dem alten Lydien[1]), das zur Römerzeit einen Teil der Provinz Asien bildete, befinden sich zwei Stücke von hervorragendem rechts- und wirtschaftsgeschichtlichen Interesse, vornehmlich für die Lage der ackerbautreibenden Bevölkerung in den ersten Jahrhunderten des Prinzipates, also einer Zeit, wo die später die ganze Rechtslage beherrschenden Einrichtungen des schollenpflichtigen Kolonats und der grundherrlichen Patronate (patrocinia vicorum) erst in ihren Grundlagen vorgebildet waren. In der Sammlung der Herausgeber sind dies Nr. 28 und 55; da sie trotzdem manchen Juristen nicht leicht zugänglich sein werden, so lasse ich den Text mit den Ergänzungen der verdienstlichen ersten Ausgabe folgen, wobei nur das dort fehlende ι adscriptum nach dem Brauche dieser Zeitschrift beigesetzt wird.

I.

— — — — — — — — — — — — — — — —

τὴ]ν προαίρεσιν αὐτῶν λογιζομένων ν[ομοθε-
σίαν?] μήτε νομίμου κατηγόρου τινὸς ἐξιστ[αμέ-
νου, μ]ήτε ὑποκειμένης αἰτίας, μηδὲ φανεροῦ τι[νος ἐγ-
κλήματ]ος ἰδίου τινὸς ὄντος, ἐπιτρέχουσι οἱ τοιοῦτοι μόν[οι ἢ μετὰ τῶν?
5 σεσημ]ειομένων (so) τάξεων ἰς διασεισμὸν τῆς κώμης. Μόνη[ν ἐν φ]όβῳ τῷδε ταύ-

[1]) Josef Keil und Anton von Premerstein, Bericht über eine dritte Reise in Lydien, Denkschriften der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, 57. Band, 1. Stück. Frühere Publikationen derselben Herausgeber über ihre Reisen in Lydien a. a. O. Band 53, Stück 2; Band 54, Stück 2.

την βο]ήθιαν ἐπενόησεν ἡ προδηλουμένη κώμη συν[δε-
ηθεῖ]σα δι' ἐμοῦ τῆς μεγάλης ὑμῶν καὶ οὐρανίου κα[ὶ ἱερω-
τάτη]ς βασιλείας, ἰς τοῦτο με προχειρισαμένη καὶ τὴ[ν ἱκε-
τείαν προσενενκεῖν. Καὶ τοῦτο δέομεθ' ἀπιδόντας ὑμ[ᾶς, μέ-
10 *γιστ]οι καὶ θειότατοι τῶν πώποτε αὐτοκρατόρων, πρός τε τοὺ[ς*
ὑμετέ]ρους νόμους τῶν τε προγόνων ὑμῶν καὶ πρὸς τὴν εἰρηνικὴ[ν
ὑμῶ]ν περὶ πάντας δικαιοσύνην, μεισήσαντας δέ, οὓς ἀεὶ με[ι-
σήσ]ατε αὐτοί τε καὶ πᾶν τὸ τῆς βασιλείας προγονικὸν ὑμ[ῶν
γένο]ς, τοὺς τὴν τοιαύτην προαίρεσιν ἔχοντας κολλητίωνα[ς κε-
15 *κωλυμένους μὲν ἀεὶ καὶ κολάζεσθαι κελευομένους, οὐ[κ ἀπο-*
δεξ]αμένους δέ, ἀλλὰ ἀεὶ βαρύτερον ἀντιμαχομένου[ς
ταῖς ὑμετέραις νομοθεσίαις, εἴτε φρουμενταρίοις προμ[ε-
μήνυν]το, εἴτε ὁμοίαις τάξεσιν, κελεῦσαι καὶ χρηματίσαι νόμῳ τι[νί,
ὡς τὴν ἀν]αίδιαν αὐτῶν αὐτοῖς ⟨ἡ⟩ ἡγεμονεία προσάγει. (80) *Εἰ δέ τις, ἔξω τῶ[ν*
20 *τοι]ούτων λέγων εἶναι, προφάσει κατηγορίας τινὸς ἐπὶ (ἐ)σκ[εμ-*
μένη]ν τὴν κακουργίαν ἐπιτρέχοι, μὴ διὰ τῆς ἡγεμονίας, ἀ[λλὰ
διὰ τῶν] τάξεων βασανίζων, ὡς οἱ νόμοι θέλουσιν ὑμῶν τ[ε καὶ
τῶν προγόνων], εἰ μὴ νόμιμος κατήγορος, μὴ προσέ[ρχων-
ται πρὸς τοῦτο αἱ] τῆς τάξεως ἐξουσίαι καὶ . . . . .

— — — — — — — — — — — — — — — — —

Den diesem Texte zugrunde liegenden Sachverhalt haben die sachkundigen Herausgeber ins klare gestellt. Es handelt sich um eine Beschwerdeschrift, überreicht im Auftrage einer Dorfgemeinde[1]), wobei es jedoch unklar

---

[1]) Z. 6 *κώμη συν[δε][ηθεῖ]σα δι' ἐμοῦ* Z. 8 *ἰς τοῦτο με προχειρισαμένη.* Präziser heißt es in der Bittschrift von Skaptoparene (Bruns, fontes 1⁷ 263, vollständig Cagnat 1, 674, CIL. 3, 12336), Z. 5 Datum per Aure(lium) Purrum mil(item) . . . . con[vi]canu[m] et con[p]ossess[o]rem. An diesen ergeht auch Z. 173 die Antwort; ähnlich tritt in der Bittschrift der Araguener Bruns, fontes 1⁷ 265, vollständig Schulten, Römische Mitteilungen 13 (1898) 232, CIL. 3, 14191, Cagnat 4, 598, Dittenberger, Or. Gr. 2, 519 M. Aurelius Eglectus auf und die gleiche Rolle spielt Lurius Lucullus auf dem saltus Burunitanus, Mommsen, Schriften 3, 163, Bruns, fontes 1⁷ 258, CIL. 8, 2, 10570. Doch darf man nicht

bleibt, ob wir hier wohl wie in den Papyri, Organschaft oder freiwillig übernommene Stellvertretung vor uns haben.[1]) — Gerichtet ist die Eingabe an Samtherrscher, entweder an die Kaiser Severus, Caracalla und Geta (198—211), oder Caracalla und Geta allein (211—212), oder schließlich Elagabal und Severus Alexander (221—222), sämtlich aus der severischen Dynastie. Gegenstand der Beschwerde sind Handlungen, die als *διασεισμός* (concussio) bezeichnet werden, also widerrechtliche Erzwingung von Leistungen durch Mißbrauch der Amtsgewalt[2]), ohne daß der Tatbestand näher ausgeführt wäre. Besonders dadurch unterscheidet sich unser Schriftstück von der als Bittschrift der Araguener bezeichneten[3]) Parallelurkunde, wo die widerrechtliche Erpressung von Angarien (Reisebeihilfen) durch öffentliche Beamten[4]) ausführlich gerügt wird, ein Tatbestand, der auch der Eingabe von Skaptoparene[5]) zugrunde liegt. Als Übeltäter wird eine bereits von den früheren Herrschern aus dem regierenden Kaiserhause mit Verbotsgesetzen belegte Beamtenklasse der *κολλητίωνες* genannt, die unter der Bezeichnung der frumentarii inbegriffen zu sein scheinen, da jene Normen unter letzterem Namen ergangen sind (Z. 17); man hat darunter Polizeibeamte zu verstehen, die ursprünglich mit der Beschaffung des Getreides für das Heer betraut, späterhin mit dem gesamten Sicherheits-

---

übersehen, daß es sich in den letztgenannten Urkunden nur um einen Zustellungsbevollmächtigten handelt, während in unserer Inschrift auch die Eingabe von einem Vertreter verfaßt ist.

[1]) Organschaft in Gemeindeverhältnissen und Handeln für die Kome Wenger, Stellvertretung 113, 111 Anm. 4, Kniep, societas publicanorum 1 (1896) 311ff. Juristische Persönlichkeit der Dorfgemeinden Mitteis, RPR. 1, 376, siehe auch unten S. 170.

[2]) Mommsen, Strafr. 717, die Herausgeber a. a. O. 28.

[3]) S. o. S. 158 Anm. 1.

[4]) Rostowzev, Klio 6 (1906) 256 vgl. Z. 13 [*πιέζουσι γὰρ ἡμᾶς οἱ διοδεύοντες*] . . . [. *στρατάρχαι τε καὶ στρατ*]*ιῶται καὶ δυνάσται τῶν προυχόντων κ*[*ατ*]*ὰ τὴν πόλιν* [*Καισαριανοί τε ὑ*]*μέτεροι ἐπεισε*[*ρ*]*χόμενοι καταλιμπάνοντες τὰς λε*[*ωφόρους ὁδοὺς καὶ ἀπὸ τῶν*] *ἔργων ἡμᾶς ἀφιστάντες κ.τ.λ.*

[5]) Die Ähnlichkeit des Tatbestandes ist längst bemerkt, Schulten, Römische Mitteilungen 13, (1898) 222, Rostowzev, Kolonat 303.

dienst befaßt waren[1]), bis sie schließlich Diokletian aufhob.[2]) Insbesondere die *Κολλητίωνες*, oder wie der entsprechende lateinische Ausdruck gelautet haben wird[3]), Collectores, sind uns aus der leider stark verstümmelten Urkunde Oxyr. VIII, 1100 (206) bereits bekannt. Dort wird ein Provinzialedikt des Präfekten Subatianus Aquila (202 bis 211), welches er in Alexandrien aushängen ließ[4]), nunmehr den Strategen der *ἑπτὰ νόμοι* und von Arsinoe übermittelt, und auch hier wird von Erpressungen (*διασείειν* Z. 14, 15, 16) gesprochen, deren sich die *Κολλητίωνες* schuldig gemacht haben sollen. Es ist ein Beleg für die überall, in Lydien und dem entfernten Ägypten gleichen Übergriffe der Polizei, daß unser Papyrus und die Inschrift ihnen das gleiche vorwerfen, nämlich ungehöriges Eindringen; während der Papyrus Z. 21 von *φωραθεῖεν* spricht, beschwert sich unsere Bittschrift bei der Kabinettskanzlei darüber, daß sie Z. 4 *ἐπιτρέχουσιν . , . ἰς διασεισμὸν τῆς κώμης*.[5]) Sonst begegnen wir den Collectores innerhalb unserer Überlieferung nur noch zweimal und zwar beide Male in der Sammlung der Herausgeber.[6])

Worin lag nun der äußere Anlaß für den Eingriff der Polizeiorgane? Die Herausgeber denken hier an ein Verfahren zufolge einer Polizeibeschwerde, wie es neben dem ordentlichen Straf- oder Zivilprozeß, bei welchem der Statthalter anzugehen war, zunächst für Ägypten nachgewiesen worden ist.[7]) Dem ist jedenfalls insofern beizupflichten, als es sich wirklich um ein Strafverfahren handelt, obgleich mehrmals das Auftreten eines *κατήγορος* oder *νόμιμος κατήγορος* erfordert wird (Z. 2, 21, 23), und dieser Ausdruck

---

[1]) Mommsen, Strafrecht 318, weitere Literatur bei Fiebiger, Pauly-Wissowa 7, 123.

[2]) Aurelius Victor de Caesaribus 39, 44 remoto pestilenti frumentariorum genere.

[3]) Die Herausgeber 44.

[4]) Weiß, Studien zu den römischen Rechtsquellen (1914) 87 ff.

[5]) Ganz ähnlich in der Bittschrift von Skaptoparene Z. 30 *ἐπέρχονται*.

[6]) Inschrift Nr. 9 Z. 21 *ἄμετρα δαπανήματα τῶν ἐπι[δη]μούντων κ(αὶ) ε[ἰς τ]ὸ πλῆθος τῶν κολλητιώνων*, ferner Nr. 55, siehe unten S. —.

[7]) Es genügt, auf die einschlägige Darstellung von Mitteis bei MW. 2, 1, 32 hinzuweisen. Ältere Literatur bei den Herausgebern S. 26, 27.

ganz besonders für den an Stelle des zunächst kompetenten advocatus fisci[1]) eintretenden privaten Delator im zweiseitigen Fiskalprozeß bei der Eintreibung einer Geld- oder Vermögensstrafe von Rechtsnachfolgern oder bei der Vindikation fiskalischen Vermögens, von bona vacantia, caduca und ereptoria[2]) verwendet wird, z. B. P. Catt. Col. 6, Z. 20 (Arch. 3, 61) und sonst.[3]) Aber in allen diesen Fällen wäre nicht die gleichfalls mehrfach erwähnte Statthalterei (Z. 19, 21), sondern der Fiskalrichter, procurator fisci, rationalis, zuständig.[4])

Die Beschwerde unterscheidet diesbezüglich zwei Fälle; es kommt nämlich, so behauptet sie zunächst, vor, daß es von vornherein an einem *νόμιμος κατήγορος* fehle, und daß auch keine Anklage (*φανεροῦ τι[νος ἐγκλήματ]ος*)[5]) erhoben worden sei. Dies entspricht tatsächlich im ganzen dem Rechtszustand unter dem Prinzipat, der, von der Notorietät abgesehen, durchaus auf dem Anklageprinzip beruht, und wo es daher als unentbehrliche Voraussetzung für die Einleitung eines Strafverfahrens gilt, daß vorerst eine Anklage eingebracht wird.[7]) Tatsächlich kommt es auch bei

---

[1]) Hirschfeld, Verwaltungsbeamte[2] 48—52, Mitteis, RPR. 1, 364 mit weiterer Literatur.

[2]) Mitteis a. a. O. 364—369, Hirschfeld, Kleine Schriften 526. Eine antike Aufzählung bei Callistratus D. 49, 14, 1 pr.

[3]) Weitere Beispiele bei P. M. Meyer, Festschrift für Hirschfeld 149—154. Der ältere Ausdruck ist *προσοδοποιός* BGU. I, 388 Kol. I Z. 27; Kol. II Z. 19 (MW. 2, 2 Nr. 91 mit der Einleitung); P. M. Meyer, Arch. 3, 87; vgl. auch Lipsius, Attisches Recht 3, 2, 802 Anm. 42.

[4]) Mitteis, RPR. 1, 364. In Ägypten käme der *ἴδιος λόγος* in Betracht, Mitteis, RPR. 1, 358 Anm. 24.

[5]) Zu dieser Bedeutung von *ἔγκλημα* Wenger, Arch. 2, 485; Semeka, Ptolemäisches Prozeßrecht 1 (1913) 276; Dikaiomata S. 55 mit allen Stellen. Doch bedeutet *ἔγκλημα* auch den (zivilprozessualen) Klagegrund, so P. Hal. 1, 129, 132, 136 (Dikaiomata S. 89); P. Aphrod. Cairo Z. 47 (Partsch, GGN. 1911, 217); Nov. 8 pr. hingegen den strafprozessualen Rechtsstreit. Beide Bedeutungen kommen hier nicht in Betracht, insbesondere ist Klagegrund mit *ὑποκειμένης αἰτίας* wiedergegeben.

[6]) Mommsen, Strafr. 346. Auch Gordian C. 9, 2, 7 spricht vom Erfordernis der Notorietät.

[7]) Besonders deutlich das konstantinische Edikt CIL. 5, 2781; Bruns, fontes 1[7] 266, wo Z. 28 ff. sofortige Verwerfung der Anzeige

unseren Bauern vor, und dies ist der zweite in unserer Eingabe berührte Fall, daß dies geschieht, aber dann rührt die Anklage von einer dazu nicht legitimierten Persönlichkeit her, der Ankläger ist kein *νόμιμος κατήγορος* (Z. 24), in Wirklichkeit steckt er mit den Polizeibeamten unter einer Decke, und so wird auch die Untersuchung nicht ordnungsgemäß durch den Statthalter, sondern durch das officium geführt.

Der demnach durchaus hybride Vorgang ist trotzdem von einer Polizeibeschwerde, die die Herausgeber darin erblicken, deutlich geschieden. Denn zunächst ist dafür der Ausdruck *κατηγορία* (Z. 20 *προφάσει κατηγορίας*) nicht zu belegen. Außerdem ist dafür keinesfalls der Statthalter zuständig, sondern die staatliche Lokalbehörde, also in Ägypten der Stratege oder die niederen Polizeiorgane[2]), und in unserem Gebiete, wie die Herausgeber selbst zutreffend nachweisen (S. 27), neben dem stationarius[3]), also einem Soldaten aus der Klasse der apparitores[4]), die bereits erwähnten frumentarii oder gar die unmittelbar angeschuldigten Collectores, deren Zuständigkeit gerade in unserem Falle, bei Vorliegen einer *κατηγορία*, bestritten wird.[5]) Man wird daher in diesem Falle an die Einreichung

eines Sklaven oder Freigelassenen gegen seinen Patron angeordnet wird (Z. 32 denegata audientia), demnach Aufgreifen von Amts wegen ebenso untersagt wird, wie bei einem libellus famosus. Teilweise anders Mommsen 315 Anm. 2, vgl. jedoch 346.

[1]) Mommsen a. a. O. 365—371, z. B. wegen Infamie oder Mangel eigenen Interesses.

[2]) Mitteis bei MW. 2, 1, 33.

[3]) Unter Berufung auf die von ihnen veröffentlichte Inschrift: Denkschriften der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, phil.-hist. Klasse 53, 2, 51, Nr. 101. *καὶ στατιωναρίῳ τῷ κατὰ καιρόν*; vgl. auch CTh. 8, 4, 2 (C. 12, 57, 1); C. 12, 1, 6, beide aus der Zeit Konstantins.

[4]) apparitorum, quos stationarios appellant CTh. 16, 2, 31 (C. 1, 3, 10) 398 n. Chr., wegen des Soldatencharakters Mommsen, Strafrecht 316, 318, 319.

[5]) Die allgemeine Kompetenz der kleinasiatischen Eirenarchen, die ursprünglich nur dem Straßenraub entgegenzutreten hatten (Marc. D. 48, 3, 6, 1), scheint späteren Datums zu sein als unsere Inschrift (Mommsen, Strafrecht 308).

einer förmlichen Kriminalanklage (accusatio, inscriptio) denken müssen, mag sie auch materiell unbegründet gewesen sein. Daß nun in einem solchen Falle das officium der statthalterlichen Kanzlei von Rechts wegen durchaus außerstande war, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, finden wir in den Rechtsbüchern wiederholt ausgesprochen[1]; dazu sind außer dem Statthalter nur noch die Legaten oder die iudices pedanei aus dem Kreise der Assessoren oder Offiziere zufolge besonderer Delegation berufen.[2] Wie indes die Verbote zeigen, handelt es sich hier wohl um einen recht verbreiteten Mißbrauch, der jedoch durch die den Statthalter und seine Gehilfen treffende Arbeitslast in Kriminal- und Zivilprozessen erklärlich wird.

Der Jurist wird sich nicht der Frage entziehen können, welchen Erfolg unsere Bittschrift gehabt haben mag. Erhalten ist uns von der kaiserlichen Erledigung nichts; aber es darf immerhin auf die Behandlung solcher Fälle durch die Reichskanzlei hingewiesen werden. Es war bereits von der auffälligen Ähnlichkeit die Rede[3], die unsere Urkunde nicht allein im Stil, sondern auch im Sachverhalt — Eingabe an den Kaiser wegen Bedrückung durch niedere Amtsträger mit den Bittschriften der Araguener und von Skaptoparene — verbindet. Da darf es als merkwürdig bezeichnet werden, daß der Kaiser sich beide Male der Entscheidung entzieht und sie wiederum dem Statthalter, in dessen Wirkungskreis die Sache ohnehin gefallen wäre, überläßt, in der Eingabe von Skaptoparene sogar[4] mit Verweis an die Bittsteller. Hingegen ist in der Sache der Araguener wegen

[1]) CTh. 1, 12, 2 (319): . . . proconsulari convenit dignitati . . . ., ut non officialium instructione et voce fraudulenta contentus sis, sed ipsorum iudicum curam responsionemque condiscas, cf. CTh. 1, 16, 1 (315): . . . adversarios et personas causae necessarias minime ad officium praefectorum vel vicarii pergere aut transire patiaris, sed de omni causa . . . ita his temporibus ipse cognosce.

[2]) Mommsen, Strafrecht 247.

[3]) S. 158, Anm. 1, 159, Anm. 5.

[4]) Z. 177: Id genus qu[ae]rellae praecibus intentum an[te] iustitia pr[aesi]dis potius super his, quae adlegabuntur instructa discinge, [q]uam rescripto principali certam formam reportare debeas, dazu Mommsen, Schriften 2, 177 ff.

widerrechtlicher Abforderung von Angarien bereits vor der uns vorliegenden Eingabe ein derartiger, materiell ablehnender Bescheid ergangen.[1]) Während indes in Skaptoparene tatsächlich durch den Anwalt der Gemeinde vor dem Prokonsul und durch Schriftsatz[2]) auf Grund der kaiserlichen, sie an diesen weisenden Erledigung weiter verhandelt wird, so erklären die Araguener einfach, die erste, nur formale Erledigung habe ihnen nichts genützt[3]), und verlangen anscheinend Entscheidung in der Sache selbst, werden indes wiederum an den Prokonsul gewiesen.[4]) Dem gleichen Vorgang, Verweisung der Beschwerdeführer an die von ihnen in Klage gezogene Unterinstanz, begegnen wir wiederholt in den Rechtsbüchern[5]); nur ausnahmsweise kann solches als gerechtfertigt gelten, nämlich dann, wenn wirklich eine Erledigung in der Hauptsache ohne Erforschung des Tatbestandes unmöglich ist, wie in der Epistel Vespasians an die Saborenser.[6]) Auch bei unserer Bittschrift werden wir einen ähnlichen Hinweis auf die Gewissenhaftigkeit oder Gerechtigkeit des Statthalters vermuten dürfen, an Stelle einer Erledigung in der Hauptsache, ebenso wie in den

---

[1]) Quae libe[l]lo complexi esti[s, ad procos. misimus], qui dabit operam, ne d[iu]tiu⟨i⟩s querell[is locus sit. — Es ist indes zweifelhaft, ob dieser Vorbescheid, der jedenfalls von dem gerade regierenden Kaiser M. Julius Philippus herrührt, von ihm bereits nach seiner Erhebung zum Prinzipat oder vorher als praefectus praetorio erlassen wurde; unzweifelhaft ist, daß er in die commentarii Caesaris eingetragen worden ist; vgl. Schulten, Römische Mitteilungen 13 (1898) 246, andererseits Dittenberger, Or. Gr. 2, 519 n. 31.

[2]) Z. 104: *Διογένης ὁ Τύριος ὁ π[ραγματικὸς] ἀπὸ θείας φιλανθρωπίας ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν.* Mommsen, Schriften 2, 180 spricht indes von einem „Vortrag".

[3]) Z. 24: *Ἐπειδὴ οὖν οὐδὲν ὄφελο[ς ἡ]μεῖν ἐκ ταύτης τ[ῆς δεήσεως γέγονε.*

[4]) Z. 2: Pro co[n]sule v(ir) c(larissimus), perspecta fide eorum, quae [adlegastis, ne] quid iniuriose geratur, ad sollicitudinem suam revocabit.

[5]) C. 8, 52, 1; 8, 13, 5; 9, 20, 12; 2, 36, 2. Weitere zahlreiche Beispiele bei Brissonius de formulis (Ausgabe von 1731) 275.

[6]) CIL. 2, 1423; Bruns, fontes 1[7] 255 (78 n. Chr.) Z. 10: Vectigalia, quae ab Divo Aug. accepisse dicitis, custodio; si qua nova adicere voltis, de his proco(n)s(ulem) adire debebitis; ego enim nullo respondente constituere nil possum.

Eingaben von Skaptoparene und der Araguener, immerhin mochte bereits ein solcher Bescheid und sein moralisches Gewicht den Antragstellern seine Verewigung durch eine Inschrift rätlich erscheinen lassen.[1])

II.

Eine Zeile verdeckt.

. . *ντας ἰδεῖν κατὰ δίοδον τὴν ω*[8 B. verdeckt]*οι* . .
. . *ντος καὶ ἵνα δόξῃ τις τῆς τοσαύτης αὐτοῖς θ*[*ρα-*
σύτ]*ητος ἀπολογία καταλιμπάνεσθαι, ἐννέα συλ-*
5 *λαβό*]*ντες καὶ ἐν δεσμοῖς ποιήσαντες ἔφασκ*[*ον*
παραπ]*έμπειν ἐπὶ τοὺς κρατίστους ἐπιτρόπο*[*υς*
τοὺς ὑμ]*ετέρους διέποντ(ο)ς Αἰλίου Ἀγλαοῦ* [*τοῦ*
κρατίσ]*του καὶ τὰ τῆς ἀνθυπατείας μέρη. Κα*[*ὶ*
τὸ]*ν μὲν ἕνα τῶν ἐννέα ἀργύριον ἐκπρα-*
10 *ξ*]*άμενοι ὑπὲρ τὰς χειλίας Ἀττικὰς λύτρον*
τ]*ῆς σωτηρίας ἀφῆκαν, τοὺς δὲ λοιποὺς κατ*[*έ-*
σχαν ἐν τοῖς δεσμοῖς, καὶ οὐκ ἴσμεν σαφῶς,
θειότατοι τῶν αὐτοκρατόρων, ὁπότερον ζῶν-
τας τούτους παραπέμψουσιν παρὰ τ(ὸ)ν κράτισ-
15 *τον Ἀγλαὸν ⟨ἢ⟩ καὶ αὐτοὺς διαθῶνται παραπλησί-*
ον τοῖς φθάνουσιν. Ἡμε[*ῖς*] *οὖν, ὅπερ ἦν δυνατὸν*
ἀθλίοις ἀν[*θ*]*ρώποις ἀφῃρημένοις καὶ βίου καὶ*
συνγενῶν οὕτως ὠμῶς, ὃ δυνατὸν ἡμεῖν ἦν, ἐ-
δηλώσαμεν ταῦτα καὶ τῷ τῆς τάξεως ἐπιτρό-
20 *πῳ ὑμῶν Αὐ*[*ρ(ηλίῳ)*] *Μαρκιανῷ καὶ τοῖς ἐν Ἀσίᾳ κρατ*[*ίσ-*
τοις ἐπιτρόποις ὑμῶν ἱκέται δὲ τῆς ὑμετέ-
ρας γεινόμεθα, θειότατοι τῶν πώποτε αὐτοκρα-
τ]*όρων, θείας καὶ ἀνυπερβλήτου βασιλείας, καὶ*
το]*ῖς τῆς γεωργίας καμάτοις προσέχειν κεκωλυ-*
25 *μ*]*ένοι τῶν κολλητιώνων καὶ τῶν ἀντικαθεστώ-*
των ἀπειλούντων καὶ ἡμεῖν τοῖς καταλειπομέ-
νοις τὸν περὶ ψυχῆς κίνδυνον καὶ μὴ δυναμένοι(ς)
ἐκ τοῦ κωλύεσθαι τὴν γῆν ἐργάζεσθαι μηδὲ ταῖς δε-
σ]*ποτικαῖς ἐπακούειν ἀποφοραῖς καὶ ψήφοις πρὸς*
30 *τ*]*ὰ ἑξῆς, καὶ δεόμεθα εὐμενῆ*[sic] *ὑμᾶς προςέσθαι τὴν*

---

[1]) Vgl. Seeck, Zeitschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 6 (1898) 319.

δέησιν ἡμῶν καὶ ἐπιθέσθαι τῷ ἐξηγουμένῳ τοῦ
ἔθνους καὶ τοῖς κρατίστοις ἐπιτρόποις ὑμῶν ἐκ-
δικῆσαι τὸ τετολμημένον, κωλῦσαι δὲ τὴν εἰς τὰ
χωρία τὰ δεσποτικὰ ἔφοδον καὶ τὴν εἰς ἡμᾶς ἐν[ό-
35 *χλησιν γεινομένην ὑπό (τ)ε τῶν κολλητιώνων*
καὶ τῶν ἐπὶ προφάσει ἀρχῶν ἢ λειτουργιῶν τοὺς ὑ-
μετέρους ἐνοχλούντων καὶ σκυλλόντων[sic] *γεω[ρ*
γοὺς τῷ πάντα τὰ ἡμέτερα ἐκ προγόνων προϋπε[ύ-
θυνα εἶναι τῷ ἱερωτάτῳ ταμείῳ τῷ τῆς γεωργί[ας
40 *δικαίῳ· τἀληθῆ γὰρ πρὸς τὴν ὑμετέραν θειότητα*
ἤρηται· (ὧ)ν ἐὰν μὴ ὑπὸ τῆς ὑμετέρας οὐρανίου δε-
ξιᾶς ἐκδικία τις ἐπὶ τοῖς τοσούτοις τετολμημέ-
νοις ἐπαχθῇ καὶ βοήθια εἰς τὰ μέλλοντα, ἀνάγ-
κη τοὺς καταλελειμμένους ἡμᾶς, μὴ φέροντας
45 *τὴν τῶν κολλητιώνων καὶ τῶν * ἐναντίας, ἐφ' αἷς*
προειρήκαμεν προφάσεσιν, πλεονεξίαν, κατα-
λείπειν καὶ ἑστίας πατρῴας καὶ τάφους προγονικο[ὺ]ς
μετελθεῖν τε εἰς ἰδιωτικὴν γὴν πρὸς τὸ διασωθῆναι —
φείδονται γὰρ μᾶλλον τῶν ἐκεῖ κατοικούντων οἱ τὸ[ν
50 *πονηρὸν ζῶντες βίον ἢ τῶν ὑμετέρων γεωργῶν —*
φυγάδας ⟨τε⟩ γενέσθαι τῶν δεσποτικῶν χωρίων, ἐν οἷς
(κ)αὶ ἐγεννήθημεν καὶ ἐτράφημεν καὶ ἐκ προγόνων
διαμένοντες γεωργοὶ τὰς πίστεις τηροῦμεν τῷ
δεσποτικῷ λόγῳ.

Auch diese Urkunde ist aus dem gleichen Zeitalter wie die soeben behandelte, Ende des zweiten, Anfang des dritten Jahrhunderts. Dies folgern die Herausgeber nicht allein aus dem Schriftcharakter, aus der gerade damals üblicher werdenden Vertretung der Provinzialstatthalter durch die Finanzprokuratoren[1]), wie sie auch in unserer Inschrift vorkommt (Z. 7), sondern sie versuchen auch einen Zeitpunkt anzugeben, vor welchem sie jedenfalls gelegen sein muß. Es wird hier nämlich allem Anscheine nach nicht von vornherein als unzulässig, sondern nur als unzweckmäßig für den Fiskus angesehen, wenn kaiserliche

---

[1]) Hirschfeld, Verwaltungsbeamte ² 387, weitere epigraphische Nachweise bei den Herausgebern S. 41; vgl. auch P. M. Meyer, Klio 7, 122.

Kolonen zu städtischen Liturgien herangezogen werden, während dies der Jurist Callistratus in seinem Werke de cognitionibus[1]) durchaus verwirft. Letzteres ist zwischen 198—211 verfaßt.[2]) Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß der von Callistratus nur im Anschlusse an eine fernere Verordnung der D. Fratres (161—169) über die Liturgienfreiheit der Steuerpächter[3]) entwickelte Rechtszustand betreffs des gleichen Privilegs der kaiserlichen Kolonen auch wirklich so geübt worden ist[4]) und daß sich diese jenen ihnen zugute kommenden Rechtssatz, sofern er doch schon zur Zeit der Eingabe bestanden hätte, nicht etwa entgehen ließen, zumal die Kolonen als homines rustici zu gelten haben, deren Rechtsunkenntnis in Gegenständen des privaten und öffentlichen Rechts die Quellen als allgemein bekannt voraussetzen.[5]) Unter dieser Annahme wird der von den Herausgebern vorgeschlagene Terminus ante quem als sicher hingenommen werden dürfen.

Gegenstand der Beschwerde ist das harte Vorgehen behördlicher Organe, der bereits in unserer ersten Urkunde erwähnten *κολλητίωνες*, die neun Berufsgenossen der Bittsteller verschleppt haben, einen davon — natürlich wieder-

---

[1]) D. 50, 6, 6, 11: Coloni quoque Caesaris a muneribus liberantur, ut idoniores praediis fiscalibus habeantur. Rostowzev, Klio 7, 142 über die Liturgienfreiheit der *οὐσία* auf Grund folgender Inschrift (Z. S. f. ägyptische Sprache 1890, 59): *Ἀγρειππιανῆς καὶ Ῥουτιλλιανῆς οὐσίας τοῦ κυρίου αὐτοκράτορος ἀτελὴν καὶ ἀνενγάρευτον.* Wegen des Sprachgebrauchs Mitteis, RPR. 1, 356. — Der ältere Rechtszustand, wonach betreffs der Liturgien der Staatsbauern nur verlangt wurde, daß dies sine damno fisci geschehe, D. 50, 1, 38, 1.

[2]) Fitting, Alter und Folge [2] 1908, 70.

[3]) D. 50, 6, 6, 10: Conductores etiam vectigalium fisci necessitate subeundorum municipalium munerum non obstringuntur: idque ita observandum divi fratres rescripserunt.

[4]) Die Papyri zeigen uns mehrfach Fälle, wo gesetzlich zustehende Liturgiebefreiungen bei der römischen Bureaukratie der niederen Rangsklassen unbeachtet blieben, so werden in Oxyr. VIII, 1119 (MW. 1, 2, 397) und BGU. IV, 1022 (MW. 1, 2, 29) Vollbürger von Antinoopolis trotz des Hadrianischen Privilegs (besonders Wilcken bei MW. 1, 1, 345) zu Liturgien außerhalb dieser Stadt herangezogen, worauf sie sich freilich beim Rat beschweren.

[5]) Paul. D. 2, 5, 2, 1; Ulp. D. 2, 13, 1, 5; C. 6, 9, 8 (Constantinus); Mommsen, Strafrecht 93.

um verbotenerweise[1]) — gegen Lösegeld freiließen und sich in Drohungen gegen die zurückgebliebenen Kolonen ergehen. Außerdem beklagen sich die Kolonen über üble Behandlung durch behördliche Organe, wobei diese behaupten, daß es sich um die Durchsetzung einer Verpflichtung zur Übernahme von Ämtern und Liturgien handle (Z. 36 *ἐπὶ προφάσει ἀρχῶν ἢ λειτουργιῶν*). Es handelt sich also um Verpflichtungen aus einem städtischen Verbande, und insbesondere ersteres, daß die Verpflichtung zur Übernahme städtischer Ämter vorausgesetzt wird, ist von Interesse, denn anders als bei den Liturgien ist eine derartige zwangsweise Heranziehung zur Übernahme von Ämtern in unserer Überlieferung für jene Zeit höchst selten bezeugt.[2]) Die ersten klaren Andeutungen dafür stammen erst aus dem Jahre 250, CPR. 1, 20 MW. 1, 2, 402, einem libellus contestatorius[3]), wo sich der Vater eines zum Amte der Kosmetie Vorgeschlagenen dieser Verpflichtung und der aus diesem Anlasse über ihn verhängten Haft nur durch Anbot der Zession seines Vermögens abzüglich eines Drittels zu entziehen weiß.[4]) Doch wird fast gleichzeitig allem Anscheine nach ein Rechtssatz bereits aus der Zeit Hadrians vorausgesetzt, wonach doch ein solcher Zwang nicht bloß betreffs der Liturgien, sondern auch betreffs der Ämter, wenngleich nur außerhalb der Stadt, wo der Belangte incola war oder Grundbesitz besaß, bestanden haben könnte.[5])

---

[1]) Marc. D. 48, 6, 5 pr.; Macer D. 48, 11, 7.

[2]) Zuletzt Wilcken bei MW. 1, 1, 350; Liebenam, Städteverwaltung im römischen Reiche 420.

[3]) Mitteis in der Ausgabe 114; Druffel, Papyrologische Studien 1915, 44.

[4]) Mitteis a. a. O. 111 ff.; Wilcken bei MW. 1, 1, 350; Blumenthal, Arch. 5, 335 ff. Wegen des *νενομισμένον τρίτον* vgl. ferner Mitteis, Hermes 32, 426; Wilcken, Arch. 2, 184 (Dio Cassius 47, 17, 1); Rabel, ZSSSt. 1906, 321. Doch gehört BGU. II, 473 nicht in diesen Zusammenhang, auch Mitteis betitelt es nunmehr MW. 2, 375 nur „vermutlich die cessio bonorum betreffend"; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen 1 (1909) 82 Anm. 5.

[5]) Hadrians Privileg für Antinoopolis (s. o. S. 167 Anm. 4) Oxyr. VIII, 1119, MW. 1, 2, 397 Z. 15. *θεὸς Ἁδριανὸς* [40 Buchstaben] *πασῶν ἀπηλλάχθη τῶν παρ' ἄλλοις ἀρχῶν τε καὶ λειτουργιῶν*.

Die Entscheidung über die von den Kolletionen verschleppten Bauern lag bei dem procurator fisci, Aelius Aglaus, aber nur deswegen, weil er zur Zeit den abwesenden oder verstorbenen Statthalter vertrat (Procurator vice proconsulis).[1]) Er verwaltete gerade damals sein Amt als Finanzprokurator in Gemeinschaft mit einem Kollegen, wie dies in Asien üblich gewesen zu sein scheint[2]), und unsere Urkunde erwähnt, daß die neun Bauern von den Kollektoren vorher beiden Amtsträgern vorgeführt werden sollten. Weitere Prokuratoren, denen nicht der Titel *κράτιστος* (vir egregius)[3]) zugekommen wäre, erwähnt unsere Eingabe nicht, übergeht also die sonst auch für Asien bezeugten Instanzen dieser Amtsträger (procuratores saltus, procuratores tractus), die sämtlich dem Finanzprokurator der Provinz unterstanden.[4]) Hingegen ist der in Z. 20 erwähnte Aurelius Marcianus (*τῳ τῆς τάξεως ἐπιτρόπῳ ὑμῶν*) wahrscheinlich, wie dies die Herausgeber annehmen (S. 44), als procurator officii, das heißt als der in Rom eingesetzte (*ὑμῶν*) Leiter und Befehlshaber der *κολλητίωνες* zu fassen, gegen welche sich die Beschwerden richten. — An alle diese genannten Amtsträger, die beiden Finanzprokuratoren der Provinz und den erwähnten Prokurator zu Rom haben sich die Kolonen bereits vorher gewendet, ohne Abhilfe zu erzielen. Wie es scheint, war Derartiges, was wir als Einhaltung des Dienstweges bezeichnen würden, vorgeschrieben; so heißt es in der Bittschrift vom saltus Burunitanus[5]), der procurator habe die Bauern mit Ruten

---

[1]) S. o. S. 166 Anm. 1.

[2]) Keil, Österr. Jahreshefte 11, 109: *ἐπι]τρόποις τοῦ Κυρίου.*

[3]) Dies die Gleichung nach Hirschfeld, Verwaltungsbeamte [2] 452, Kleine Schriften 654; A. Stein, Hermes 34, 161 ff.; vgl. ferner Schulten, Klio 7, 212; Carcopino, das. 8, 166.

[4]) Hirschfeld, Verwaltungsbeamte [2] 125 ff.; wegen der besonders liegenden Verhältnisse in Afrika Schulten, Klio 7, 196; Carcopino, das. 8, 166 ff.; Mommsen, Schriften 3, 166 ff.

[5]) CIL. 8, 2, 10570; Bruns, fontes 1 [7] 258, Dessau 6870 Kol. 2 Z. 17: virgis et fustibus effligi iusse[rit, scilic]et eo solo merito nostro, qu[od euntes] in tam gravi pro modulo me[diocritat]is nostrae tamq(ue) manifesta [injuria im]ploratum maiestatem tu[am immodesta] epistula usi fuissemus. Cu[ius nostrae in]iuriae evidentia et cet.

streichen lassen, weil sie ungebührlicherweise eine Eingabe an den Kaiser gemacht hätten[1]), und auch unsere Lydier erreicht eine etwaige Antwort des Kaisers durch den Prokonsul (*τῷ ἐξηγουμένῳ τοῦ ἔθνους*)[2]) und die Prokuratoren, ähnlich, wie die Erledigung in Afrika den Bauern durch die Prokuratoren zukommt, die sie an den Adressaten und Zustellungsbevollmächtigten Lurius Lucullus übermitteln.[3])

Wer hat unsere Eingabe verfaßt? Die als solche nicht organisierte[4]) Gemeinschaft der Kolonen, die sich einfach als *γεωργοί* (Z. 50) bezeichnen. Derartigem gemeinsamen Auftreten der Bauern begegnen wir vornehmlich in Afrika öfters, so hören wir von den coloni saltus Marsipiani[5]) oder des saltus Horreorum[6]); gemeinsam treten die Kolonen auch auf dem saltus Burunitanus auf.[7]) Doch wird in der lydischen Urkunde, die freilich verstümmelt ist, nicht einmal ein Zustellungsbevollmächtigter, wie sonst wohl öfter[8]), genannt, ebensowenig, wie in unserer ersten Inschrift, die es allerdings mit Freibauern zu tun hat, ein für alle gemeinsam auftretender Gesuchsteller oder gar ein magister der Kolonen, wie auf der Villa Magna[9]), der dort wahrscheinlich sogar den Rechtsstreit für die Kolonen führt.[10]) Ähnlich werden auch in Ägypten die Staatsbauern durch Leute aus ihrer Mitte[11]), durch die *πρεσβύτεροι* und den

---

[1]) Hirschfeld, Verwaltungsbeamte [2] 135 Anm. 4.

[2]) So übersetzen die Herausgeber S. 42.

[3]) Mommsen, Schriften 3, 163.

[4]) Sicheres ist darüber betreffs der sehr umstrittenen Frage, ob den Kolonengemeinschaften die Rechte einer juristischen Person zukamen, nicht zu entnehmen, dafür Preisigke, Girowesen 1910, 80; San Nicolò, Ägyptisches Vereinswesen 1 (1913) 166 ff.; auch P. M. Meyer, Berl. Phil. WS. 1904, 1055, dagegen Rostowzev, Kolonat 192, 218.

[5]) CIL. 8, 577.

[6]) CIL. 8, 8426, Dessau 6890: Coloni Caput saltus: Horreorum . . . . aram pro salute eius consecraverunt et cet.

[7]) Mommsen, Schriften 3, 159.

[8]) S. die Stellen o. S. 158 Anm. 1.

[9]) Bruns, fontes 1[7] 296: Hec lex scripta a Lur(i)o Victore Odilonis magistro et Flavio Geminio defensore.

[10]) Seeck, ZS. für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 6, 320.

[11]) P. Gen. 16, MW. 1, 2, 354 (fünfundzwanzig von ihnen vertreten

γραμματεύς[1]) vertreten. Ferner ist daran zu erinnern, daß die Bauern dem Kaiser und seinen Beamten ohne alle Mittelsperson, namentlich betreffs der Abtragung ihrer Verbindlichkeiten gegenüberstehen, wir hören wenigstens, wie im Osten überhaupt[2]), nichts von Conductores, wie auf dem saltus Burunitanus, sofern die Auffassung, daß diese es waren, welche die Bauern als Afterpächter ansetzten, richtig ist.[3]) Auch stehen die Kolonen, wie aus der bereits mehrfach erwähnten Heranziehung zu städtischen Ämtern und Liturgien hervorgeht, nicht außerhalb eines derartigen Stadtverbandes, und es gehört in diesen Zusammenhang, wenn wenigstens unsere Gesuchsteller davon ausgehen, daß ihnen das allgemeine bürgerliche Recht der Freizügigkeit zusteht. Wird nicht Abhilfe gegen die Übergriffe der *κολλητίωνες* und die Belastung mit Ämtern und Liturgien geschaffen, so wollen sie das Kaiserland verlassen und sich auf die Güter eines Privaten begeben. Es darf als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, daß die Flucht der Bauernschaft von ihrer Scholle in den ersten nachchristlichen Jahrhunderten bis etwa zur Zeit Diokletians eine allgemein verbreitete Erscheinung ist[4]), die auch in

---

die *δημόσιοι γεωργοί* von Soknopaiu Nesos), P. Lond. III, 934/924, MW. 1, 2, 355 (Apygchis und die Praktoren), vgl. namentlich Wilckens Einleitung a. a. O.

[1]) Z. B. P. Lond. II, 97/256, MW. 1, 2, 344, Z. 3: *συνεπακολουθούντων . . . τοῦ κωμογρ[αμ̣μα]τέως τῆς κώμης καὶ τῶν ἄλλων εἰθισμένων* BGU. I, 85 Kol. I Z. 9: *τῶν β καὶ τῶν λοιπῶν [πρ]εσβ(υτέρων)*, vgl. dazu Wilckens Einleitung a. a. O. und überhaupt San Nicoló, Vereinswesen 1 (1913) 166 ff., besonders aber 169 Anm. 3, 4 mit allen Stellen; Preisigke, Girowesen 192.

[2]) Rostowzev, Kolonat 304.

[3]) So besonders Hirschfeld, Kleine Schriften 558; dagegen besonders Mommsen, Schriften 3, 171, der im conductor den zum Bezug von Hand- und Spanndiensten befugten Herrn des Fronhofs erblickt; Schulten, Abhandlungen der Königl. Gesellschaft der Wissenschaften zu Göttingen, phil.-hist. Klasse, N. F. 2 Nr. 3, 35, Berl. Phil. WS. 1898, 851; Kornemann, Berl. Phil. WS. 1898, 1040; Hirschfeld, Verwaltungsbeamte[2] 131. Ursprünglich war auch Schulten, Die römischen Grundherrschaften 1896, 58 ff., der an erster Stelle erwähnten Ansicht.

[4]) Mitteis, RPR. 1, 366 Anm. 43, weiteres Material bei Rostowzev, Kolonat 205 ff. (Ägypten); Zulueta, de patrociniis 41; Lewald, ZSSSt. 1911, 477.

anderen Bittschriften an die Behörden ohne Scheu hervorgehoben und angedroht wird[1]), so daß für die Annahme einer allgemeinen Verpflichtung zum Haften an der Scholle, abgesehen von der Zeit des Zensus, kein Raum bleibt[2]), daß endlich der wichtigste Grund dafür die Furcht vor den Liturgien gewesen ist.[3]) Trotzdem ist diese Drohung im Munde kaiserlicher Kolonen eine Seltenheit, ja sie würde sogar, derart ausdrücklich geäußert[4]), einzig dastehen, wenn es nicht auch in der schon mehrfach erwähnten Beschwerde der Araguener wegen Belastung mit Angarien (Z. 30) heißen würde, die beschwerdeführenden Kolonen wären genötigt: *τοὺς καρποὺς [πιπρά]σκεσθαι καὶ τὰ χωρία ἐρημοῦσ[θ]αι.*[5]) Es stimmt dies auch mit dem Befunde der Rechtsbücher aus der Zeit des Prinzipates; denn schon bisher war die Ansicht vertreten worden, daß ihre diesbezüglichen Äußerungen, soweit sie die Unfreiheit und Schollenpflicht der Kolonen

---

[1]) Inschrift von Skaptoparene 86: *ἐάν γε βαρώμεθα, φευξόμεθα ἀπὸ τῶν οἰκείων.* P. Lond. III, 924/134, MW. 1, 2, 355: *πρὸς τὸ ἐκ τῆς σῆς βοη[θεί]ας δ[υ]νηθῶμεν ἐπὶ τῇ ἰδίᾳ συνμένοντες τ[ὰ] ἀ[νη]κ[οντα] ἐκτελεῖν.* (S. dazu auch u. Anm. 4.) P. Flor. 91 Z. 17: *ὅ[πως δυνηθῶ ἐν τῇ ἰ]δίᾳ συνμένων σὺν γυναικὶ καὶ τέ[κνοις, ἣν δ]ιατάσσομαι βασιλικὴν γῆν* (Krondomäne). P. Fay. 296: *ἀντιλήμψεως τυχεῖν πρὸς τὸ δύνασθαί με ἐπιμένιν.* CIL. 8, 14428 Z. 6: domum rev]ertamur, ubi libere morari possimu[s (Ergänzungen von Mommsen, vgl. Seeck, ZS. für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 6, 330; zweifelnd Rostowzev, Kolonat 375; Gummerus, Fronden der Kolonen 1906, 45, die für conv]ertamur eintreten. Belehrend ist auch Cicero, in Verrem 2, 3, 22, 55. Xenonis Menaeni nobilissimi hominis, uxoris fundus erat colono locatus; colonus, quod decumanorum iniurias ferre non poterat, ex agro profugerat. Über die *ἀναχωρήσεις* der ptolemäischen Bauern zuletzt San Nicolò, Vereinswesen 159 Anm. 1.

[2]) Rostowzev, Kolonat 212, vermutungsweise für Einschränkung der Freizügigkeit auch unter dem Prinzipat San Nicolò, Vereinswesen 1 (1913) 164. Dies scheint mit den in der vorigen Anmerkung beigebrachten Stellen nicht vereinbar.

[3]) Mitteis, RPR. 1, 336 Anm. 43; Rostowzev, Kolonat 208.

[4]) Versteckte Drohungen, die Kolonie zu verlassen, finden sich natürlich auch sonst, z. B. P. Lond. III, 924/134, MW. 1, 2, 355 (s. o. Anm. 1, dazu die Bemerkung Wilckens a. a. O. Z. 19).

[5]) Die Ergänzungen nach Schulten, Römische Mitteilungen 1898, 246, der Zweifel Rostowzevs, Kolonat 303 und Cagnats 4, 598, der *τοὺς καρποὺς [ἀναλίσ]κεσθαι* ergänzt, ist wohl unbegründet.

aussprechen, sämtlich verfälscht sind, sei es von den Byzantinern[1]), sei es bereits von den westgotischen Bearbeitern des Paulus.[2])

Um sich nun nicht zum Verlassen der Staatspacht genötigt zu sehen, verlangen die Kolonen, daß den Polizeiorganen das Betreten jener Güter untersagt werde. An und für sich ist das Begehren einer derartigen Exterritorialität und dessen Bewilligung wohl nicht als schlechthin ungewöhnlich zu bezeichnen. Es darf vielleicht auf P. Gen. 1 (drittes Jahrhundert) in diesem Zusammenhange hingewiesen werden; dort verbietet ein ägyptischer Verwaltungsbeamter[3]) dem Strategen von Arsinoe, die Güter eines uns nicht bekannten Atilius Titianus gewaltsam zu betreten.[4]) Ein Anlauf dazu, gerade den kaiserlichen Kolonen eine Ausnahmsstellung in der hier in Rede stehenden Beziehung einzuräumen, ist es ferner, wenn die Divi Fratres in ihrer später allerdings aufgehobenen[5]) Verordnung festsetzen, erstere dürften zu munera nur ohne Schaden für den Fiskus herangezogen werden, und dies habe der Statthalter nach Anhörung des Finanzprokurators zu überwachen[6]), so daß letzterem eine Einflußnahme gegenüber den Akten der allgemeinen Staatsgewalt, wenn nicht direkt ein Einspruchsrecht, eingeräumt wird. Es stimmt mit der hier vorgesehenen Prozedur auffällig überein, wenn die neun lydischen Bauern durch die Kollektoren zunächst

---

[1]) Ulp. D. 50, 15, 4, 8. Si quis inquilinum [vel colonum] non fuerit professus, vinculis censualibus tenetur. C. 8, 51, 1, Alex.: Si invito vel ignorante te partus ancillae [vel adscripticiae] tuae expositus est, repetere eum non prohiberis. Seeck, Pauly-Wissowa 7, 498; Segré, Arch. giur. 46, 267.

[2]) Sent. 3, 6, 48: Actor [vel colonus] ex alio fundo in eodem constitutus; Seeck, Geschichte des Unterganges 1 [2], 579, Pauly-Wissowa 7, 497.

[3]) Wilcken, Arch. 3, 380.

[4]) Z. 10: *μηδὲ βιαίως ὡς καὶ τὰ κτήματα αὐτοῦ [ἐ]πιτρέχειν.* Dies entspricht der Z. 33 unserer Inschrift: *κωλῦσαι δὲ τὴν .... ἔφοδον.*

[5]) S. o. S, 167 Anm. 1.

[6]) Pap. Iust. D. 50, 1, 38: Item rescripserunt colones praediorum fisci muneribus fungi sine damno fisci oportere idque excutere praesidem adhibito procuratore debere.

den Finanzprokuratoren vorgeführt werden sollen, bevor sie an den Statthalter kommen.

Viel weiter greift allerdings die spätere Gesetzgebung betreffs der Staatsgüter (res privata)[1]), wenn die Kolonen dort in Strafsachen durch den rationalis zu exhibieren sind[2]), demnach ein Betreten dieser Güter durch die polizeilichen Organe ausgeschlossen wird. Auf der anderen Seite ist man zur Zeit unserer Inschrift bei weitem noch nicht so weit, um durch den Übergang auf ein Privatgut jene Sicherheit vor den Eingriffen der niederen Verwaltungsbehörden zu finden, wie sie in einer späteren Zeit die Einrichtung der Autopragie[3]) und des Patroziniums[4]) gewährte. Die Kolonen vermögen es lediglich als Erfahrungssatz auszusprechen, daß man dort mit ihnen milder umgehen werde.

Bei der bisherigen Mißhandlung der Kolonen diente es nach ihrer Behauptung zum Anhaltspunkte[5]) Z. 38 *τῷ πάντα τὰ ἡμέτερα ἐκ προγόνων προυπε[ύ]θυνα εἶναι τῷ ἱερωτάτῳ ταμείῳ τῷ τῆς γεωργί[ας* Z. 40 *δικαίῳ*; es handelt sich also um die besondere Rechtslage der Bauern gegenüber dem kaiserlichen Fiskus.[6]) Die Herausgeber haben darin einen Hinweis auf dessen Protopraxie erblickt[7]), die auf einer

---

[1]) Zur nachseverischen Terminologie des res privata Mitteis, RPR. 1, 359.

[2]) CTh. 10, 4, 3 (373): In negotio criminali per rationalem colonos vel conductores rei privatae nostrae, quorum repraesentatio poscitur, exhibendos esse et cet., vgl. His, Domänen 1896, 114.

[3]) Gelzer, Studien 79, 89 ff., Arch. 5, 370.

[4]) Zulueta, de patrociniis vicorum 21; Lewald, ZSSSt. 1911, 475. — Ähnliches versuchte Seeck, ZS. für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 6 (1898) 363, 364 betreffs der kopfsteuerpflichtigen Inquilinen nachzuweisen, die nach seiner Auffassung auf der Villa Magna ihre Abgaben unter Ausschluß der Munizipalgewalt direkt den conductoribus vilicisve zu entrichten haben. Kol. IV Z. 30—34. Doch sind seine Ergänzungen zu unsicher, vgl. z. B. Bruns, fontes 1 [7] 300.

[5]) Dies die Übersetzung von Z. 37: *σκυλλόντων γεω[ρ]γοὺς τῷ πάντα τὰ ἡμέτερα ἐκ προγόνων προυπεύθυνα εἶναι.* Anders die Herausgeber S. 40.

[6]) Wegen des Ausdruckes *ταμεῖον* s. Mitteis, RPR. 1, 349 Anm. 6.

[7]) Mitteis, RPR. 1, 371; Lewald, Grundbuchsrecht 72; Eger,

Domänenordnung, ähnlich wie die lex Manciana und die lex Hadriana in Afrika, beruht habe. Wirklich wird es sich in unserem Falle um das bevorzugte Schuldverhältnis zum Staate handeln, denn das zugrunde liegende *ὑπεύθυνος* bedeutet hier, wie oft, lediglich den Leistungspflichtigen.[1]) Die diesem Worte wohl auch sonst zukommende Beziehung auf Abhängigkeit im Patroziniumsverhältnisse[2]) kommt hier deswegen nicht in Betracht, weil sie eine Steigerung, wie sie im Worte *προ* liegt, nicht zuläßt. Es ist dabei auch klar, wieso die Protopraxie einen Anhaltspunkt für die Mißhandlung der Kolonen gewährte, man hat nur an das Edikt des Ti. Iulius Alexander zu denken, wonach die Fiskalbeamten in Ägypten unter Berufung auf die Protopraxie den Käufern die vom Fiskalschuldner verkauften Sachen, den Hypothekengläubigern die Hypotheken wegnahmen, ja selbst einmal geleistete Zahlungen der Fiskalschuldner von den Empfängern wieder erpreßten.[3]) Es ist bekannt, daß Alexander dies als Mißbrauch bezeichnet hat und verordnete, daß die Protopraxie nach außen erst zufolge Eintrags gewisser Vermögensstücke in die öffentlichen Bücher wirksam werden sollte.[4]) Ein gleiches Edikt für

---

Grundbuchswesen 77, 154; Weiß, Pfandrechtliche Untersuchungen 1, 1910, 95 ff.

[1]) P. Lond. 2, 213 V./160, MW. 1, 2, 267 (drittes Jahrhundert n. Chr.). Bei einer den Fiskus schädigenden Steuererhebung Z. 11: *τοῦτο κατὰ τοὺς τοῦ ταμείου νόμους ἔκ τε [[ἐκ]] τῶν σῶν ὑπαρχόντων καὶ ⟨τῶν⟩ ὑπευθύνων κελεύσω ἀποκατασ[τ]αθῆναι.* P. Aphrod. Cairo 3, Z. 47: *ὅσοι τῆς τεσῆς τάξεως καὶ παγανῶν τοῖς δεομένοις ἐπί τ[ε] χρήμασιν καὶ ἐγκλήμασιν ὑπεύθυνοι φανεῖεν,* P. Cairo Cat. 27026: *προειρημένον Ἀπόλλω ὑπευθυνον αὐτοῖς τελευτῆσαι.*

[2]) Oxyr. VIII, 1134 Z. 7, 14: *ἅπερ ὑπεδέξω παρὰ τῶν ὑπευθύνων γεωργῶν.* Oxyr. I, 136, MW. 1, 2, 383 Z. 18: *κατὰ τῶν ὑπευθύνων γεωρῶν,* Wilcken in der Einleitung, vgl. auch 1, 1, 312; Gelzer, Studien 1909, 88.

[3]) Dittenberger, Or. Gr. 669 § 3: *ἵνα δὲ μη⟨ι⟩δαμόθεν βαρύνηι τὰς πρὸς ἀλλήλους συναλλαγὰς τὸ τῶν δημοσίων ὄνομα μηδὲ συν⟨χέ⟩ωσι τὴν κοινὴν πίστιν οἱ τῆι πρωτοπραξίᾳ πρὸς ἃ μὴ⟨ι⟩ δεῖ καταχρώμενοι, καὶ περὶ ταύτης ἀναγκαίως προέγραψα· ἐδηλώθη⟨ι⟩ γάρ μοι πολλάκις, ὅτι ἤδη⟨ι⟩ τινὲς καὶ ὑποθήκας ἐπείρασαν ἀφελέσθαι νομίμως.* Z. 20: *γεγονυίας καὶ ἀποδεδόμενα δάνεια παρὰ τῶν ἀπολαβόντων ἀναπράσσειν κ.τ.λ.*

[4]) Mitteis, RPR. 1, 370 ff. Mitteis weist S. 371 darauf hin,

die Provinz Asien, das Mißbräuchen in der Protopraxie entgegengetreten wäre, ist uns nicht überliefert, während doch an der allgemeinen Geltung im römischen Reiche, was unsere Einrichtung betrifft, nicht zu zweifeln ist.[1])

daß möglicherweise der Eintrag bereits bei Abschluß des Kontraktes vorgenommen, demnach die Protopraxie schon von diesem Zeitpunkte an wirksam werden konnte, weil sie sich nicht an den Verzug bindet, sondern schon von dem Momente an vorgenommen werden kann, wo man den Schuldner für suspekt hält, Edictum Ti. Iul. Alexandri § 3 Z. 22.

[1]) Ulp. D. 49, 14, 6 pr.; Paul. D. 48, 13, 11, 6; Callistr. D. 49, 14, 1, 3. Ebenso die griechischen Stadtrechte in Bithynien und am Pontus Plinius ad Traianum 108, 109.

V.

Miszellen aus der Interdiktenlehre.

Von

Herrn Dr. **Adolf Berger**

Privatdozenten an der Universität Rom.

I.

Zur Klassifizierung der Interdikte nach ihrem Gegenstand (Dig. XLIII, 1, 1 pr. und 2 § 1).

1. Der Einführungstitel des XLIII. Buches der Digesten, das dem Interdiktenrecht gewidmet ist[1]), D. XLIII, 1: De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt, fällt durch seinen sonderbaren Inhalt auf. Abgesehen davon, daß in dem ganzen Titel der extraordinariae actiones, quae pro interdictis competunt keine Erwähnung geschieht — der Zusatz in der Rubrik wird ja schon seit

[1]) Nur wenige Interdikte werden außerhalb der sedes materiae behandelt: so die interdicta de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando (D. XI, 8), die mit der operis novi nuntiatio zusammenhängenden Interdikte (D. XXXIX, 1) und das interdictum fraudatorium (D. XLII, 8).

Cujacius[1]) als kompilatorisch betrachtet — ist die Struktur des ganzen Titels, insbesondere der ersten beiden Fragmente (1: Ulp. l. LXVII ad ed., 2: Paul. l. LXIII ad ed.), die seinen Hauptinhalt ausmachen, inhaltlich so eigentümlich, daß sie näher ins Auge gefaßt zu werden verdient. Fast alles, was dort gesagt wird, dreht sich um verschiedene Einteilungen der Interdikte und enthält scholastische Klassifizierungen, die man vielmehr in einem Institutionenlehrbuch sich gefallen lassen könnte und nicht in den Digesten, in denen sie sonst in solchem Umfange durchaus nicht üblich sind, oder sogar in Ulpians oder Paulus' Ediktskommentar. Wenn man diesen beiden Fragmenten das betreffende Kapitel aus Gaius' Institutionen (IV 139ff.) oder auch nur den zum überwiegenden Teil auf klassische Vorlagen zurückgehenden Titel der justinianischen Institutionen De interdictis (IV 15) gegenüberstellt, so wird das Auffallende des Digestentitels noch krasser. Was dort in eingehender und klarer Darstellung zur Übersichtlichkeit des umfassenden Interdiktengebiets an Einteilungen (divisiones) derselben geboten wird (interdicta restitutoria, exhibitoria und prohibitoria, i. adipiscendae, retinendae, reciperandae possessionis comparata, i. simplicia, duplicia), wird zwar auch hier erwähnt (vgl. D. eod. 1 § 1, 2 pr., 2 § 3), aber zum überwiegenden Teil eben nur erwähnt, ohne die dazugehörigen Definitionen, freilich aber, wie wir nachher sehen werden, mit Zugaben ausgestattet. Demgegenüber erscheint jedoch im Digestentitel eine ganze Reihe von neuen Einteilungen und Kategorien von Interdikten, über die Gaius nichts zu berichten wußte. Schon diese Erscheinung allein ist geeignet, unsere größere Aufmerksamkeit für diese neuen Bildungen zu beanspruchen.

Die Ausarbeitung des Artikels *Interdictum* für die Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft von Pauly-Wissowa-Kroll[2]) gab mir Anlaß, manche Teile der Interdiktenlehre zu revidieren. Einige dort aus

---

[1]) Der auch darauf hingewiesen hatte, daß diese Worte im Index titulorum, der in der Florentina den Digesten vorangeht, fehlen.

[2]) Erscheint im IX. Bde. Im folgenden 'Berger, Interdictum' zitiert.

dem Gebiete des allgemeinen Teils derselben angedeutete Gedanken will ich hier näher ausführen und begründen.

2. Nur wenige Worte wollen wir den Einteilungen der Interdikte in bezug auf den Gegenstand widmen, von denen wir in unserem Titel gleich zwei haben, eine von Ulpian (fr. 1 pr.) und eine von Paulus (fr. 2 § 2). Jene Ulpians ist im großen und ganzen recht vernünftig und wir werden ihm — oder wer sonst der Verfasser der Stelle gewesen sein mag — schon verzeihen müssen, wenn er bei dieser Einteilung, die, geben wir es gleich zu, bei der großen Verschiedenheit der durch die Interdikte geschützten Interessen (Rechte, Zustände, Sachen) wahrlich keine leichte Sache ist[1]), auf eine unangenehme Entgleisung verfiel: von der Einteilung der Interdikte in bezug auf die Sachen, die sie zu schützen geeignet sind (interdicta de divinis rebus [=de locis sacris, religiosis], interdicta de rebus humanis bzw. hominum [= de his, quae sunt alicuius und quae sunt nullius])[2]) ausgehend, hat er die auf die Sachen bezüglichen Kategorienbezeichnungen auf die Interdikte selbst übertragen, was ein nicht unanfechtbares Ergebnis zeitigte. Nachdem er von den Sachen festgesetzt hatte:

> quae sunt nullius (sc. res)[3]), haec sunt: liberae personae, de quibus exhibendis ducendis interdicta competunt,

fährt er im folgenden fort, ohne zu bemerken, auf welchen Abweg er geraten ist:

> quae sunt alicuius[4]), haec[5]) sunt aut publica aut

---

[1]) Wegen des Systems, das das Edikt in der Anordnung der Interdikte befolgt, vgl. Lenel, Ed.[2] S. 45f.

[2]) Der Anfang der Stelle lautet (Dig. XLIII, 1, 1 pr.): Videamus de quibus rebus interdicta competunt. et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus aut de humanis competere. Divinis, ut de locis sacris vel de locis religiosis. De rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicuius, aut de his, quae nullius sunt. Der weitere Teil der Stelle wird oben im Texte mitgeteilt.

[3]) Das ergibt sich aus dem vorhergehenden Teil der Stelle (s. vorhergehende Note): de rebus hominum; de his, quae sunt rel.

[4]) sc. immer noch res.

[5]) Dieses '*haec*' kann noch zur Not als ein substantivisch gebrauchter Nom. plur. neutr. gelten. Vielleicht gab gerade dieses '*haec*' den Anlaß

singulorum. publica[1]): de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis. quae autem singulorum sunt[2]), aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulas res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.

So hat nun Ulpian die Kategorien von *interdicta publica* und *interdicta, quae singulorum sunt* geschaffen! Daß das klassische Recht solche Begriffe nicht herausgearbeitet haben konnte, braucht wohl nicht näher ausgeführt zu werden. Es ist augenscheinlich, daß die Abirrung lediglich auf ein wohl versehentliches Herübernehmen von Bezeichnungen für Sachenkategorien auf die Interdikte selbst zurückzuführen ist.

Ob die unliebsame Entgleisung Ulpian selbst zugestoßen ist — er selbst würde vielleicht nicht diese ganze Erörterung mit dem großtuerischen, mehr als einmal schon als kompilatorisch erkannten 'et sciendum est' eingeleitet haben, — oder ob nicht vielmehr ein harmloser Abschreiberfehler ('publica' für 'publicae')[3]) einen späteren Paraphrasten auf Abwege geleitet hat, mag dahingestellt bleiben.[4])

Uns handelte es sich hauptsächlich darum, gleich den ersten Ausspruch des Titels 'De interdictis' anzugreifen und seine anfechtbaren Unterscheidungen zu brandmarken, die weder für das klassische, noch für das justinianische Recht zutreffen — denn auch dieses konnte nicht von dem Unding 'interdicta, quae singulorum sunt' sprechen —, und an denen sowohl die Kompilatoren als auch — merkwürdigerweise —

zur Entgleisung. — Die Streichung des '*haec*' durch Mommsen ist willkürlich.

[1]) sc. interdicta, vgl. das folgende *de*. Hier beginnt der mißratene Teil der Stelle, da mit dem 'publica' schon die Interdikte selbst gemeint sind und mit einem solchen Ausweg, wie oben in bezug auf das '*haec*' (s. letzte Note), nicht ausgeholfen werden kann.

[2]) Wiederum sc. interdicta, vgl. das folgende ad singulas res pertinent.

[3]) Der Abschreiber konnte durch das '*haec*'(vgl. oben S. 178[5]) irregeführt worden sein.

[4]) Das letztere ist nicht unwahrscheinlich, nachdem so manches in diesem Digestentitel auf Randglossen zurückzuführen sein wird.

die romanistische Forschung[1]), ohne sie zu beanstanden, vorüberging.

3. Wenn man noch — über die Entgleisung hinweggehend — aus Ulpians fr. 1 pr. cit. einen brauchbaren Gedanken herausarbeiten kann, so ist es um die paulinische Einteilung der Interdikte ein wenig schlimmer bestellt.

Paulus teilt die Interdikte in bezug auf ihren Gegenstand folgendermaßen ein (Dig. XLIII, 1, 2, 1):

> Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est 'ne quid in loco sacro fiat' vel 'quod factum est, restituatur'[2]) et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando.

Schon in diesem Teil der Stelle scheint mir manches in seiner Echtheit zweifelhaft u. z. zunächst die Worte 'aut de religione', nicht so sehr wegen der Mischung von 'vel' und 'aut', die ich nicht als Interpolationsmaterial gelten lassen möchte[3]), sondern einerseits wegen der auffallend verschiedenen Konstruktion ('causa' mit dem Gen., — 'de' mit dem Abl.), andererseits wegen des Mangels eines Gegensatzes, der die Unterscheidung begründen würde. Denn wie die angeführten Beispiele zeigen, handelt es sich durchweg um res divini iuris, und die betreffenden Interdikte waren deshalb im Edikte nebeneinander proponiert.[4]) — Schließlich ist noch zu bemerken, daß der Gegensatz 'homines' und 'divinum ius' — wie er uns aus dem Satze 'competunt hominum causa vel divini iuris' entgegentritt — auch nicht anstandslos entgegengenommen werden kann, und ich glaube, daß der ursprüngliche Text von res hominum und res divini iuris sprach, wodurch unter Zugrundelegung juristisch ausgebildeter Begriffe dasselbe gesagt worden wäre, was Ulpian im Anfangssatz des vorher betrachteten fr. 1 pr. Dig. eod. ausgedrückt hatte.[5])

---

[1]) Letztens Ubbelohde, Forts. von Glücks Pand.-Kommentar, Serie der Bücher XLIII—XLIV, Bd. I (1889) 38.

[2]) Zu diesem Interdikt vgl. Lenel, Ed.[2] 441 unter 1; Berger, Interdictum, VI, nr. 36 a. E.

[3]) Vgl. Berger, Krit. Vierteljahrsschr. 1912, 440.

[4]) Vgl. Lenel, Ed.[2] §§ 235, 236.

[5]) S. oben S. 178[2]. Dort gebraucht Ulpian auch die Redensart 'res hominum'.

Mit der Streichung des Wortes 'rerum' wurde aber die Möglichkeit geschaffen, den Zusatz 'aut de religione' einzufügen, weil doch die 'religio' neben dem 'divinum ius' sich besser ausnimmt, als etwa neben 'res divini iuris'. Die Verdrängung des 'rerum' wurde auch konsequent im folgenden Teil der Stelle beibehalten. Es heißt da:

> hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. Publicae utilitatis causa competit interdictum 'ut via publica uti liceat' et 'flumine publico' et 'ne quid fiat in via publica': iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo: officii causa de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.

Daß in diesem Text die Hand des byzantinischen Kompilators mit kräftigen Einschnitten eingegriffen hat, ist unverkennbar. Die oft wiederkehrenden Ellipsen, die es sogar zustandebringen ein Interdikt einfach mit 'flumine publico'[1]) zu bezeichnen, beweisen es klar. Aber auch die Konstruktion des die Einteilung enthaltenden Satzes ist durch ihren elliptischen Bau ganz unerträglich geworden: einmal 'pertinentia ad', dann 'causa' mit dem Genitiv, ohne ein dem früheren 'pertinentia' entsprechendes Partizip[2]), und schließlich das ganz armselig dastehende 'rei familiaris' ohne 'causa' und ohne Partizip. Erst nachher heißt es a. E.: 'rei familiaris causa dantur', das aber die Kritik auch nicht bedenkenlos hinnehmen kann: denn würde ein Klassiker in einem Fragment 'competunt' und 'dantur' durcheinanderwerfen?[3])

Ist nun die äußere Form der Einteilung schon an sich anstößig, so ist es ihre sachliche Grundlage, wie sie aus den beigefügten Beispielen zutage tritt, erst recht. Worauf

[1]) Gemeint ist das Interdikt ut in flumine publico navigare liceat; vgl. Lenel, Ed.² § 243; Berger, Interdictum, VI, nr. 5e.

[2]) Hierher soll wohl das 'competunt' herübergenommen werden, wie die Anspielung im folgenden § 2 ('quae iuris tuendi causa diximus competere') zu fordern scheint. Zu § 2 vgl. u. Kap. II.

[3]) Im folgenden § 2 heißt es 'ad rem familiarem pertinent', im § 3 'ad rem familiarem spectant'.

soll der Gegensatz 'iuris sui tuendi causa' und 'rei familiaris (tuendae causa)' abgestellt werden? Wird bei Interdikten, die sich auf Vermögenssachen beziehen, nicht der Schutz eines ius suum beansprucht? Man wird auf Grund der für die erste Kategorie angeführten Beispiele das Wesen der Unterscheidung darin sehen wollen, daß die letzten Vermögensverhältnisse betreffen, wogegen die ersten zum Schutz von Familienrechten aufgestellt sind.[1]) Aber abgesehen davon, daß für diesen Gedanken die Ausdrucksweise iuris sui tuendi causa durchaus nicht als zutreffend bezeichnet werden kann, so ist die Zusammenstellung der Beispiele (i. de liberis exhibendis und i. de liberto exhibendo) wenig geeignet, jene Annahme zu rechtfertigen. Denn das Interdikt de liberto exhibendo mit dem beschränkten Zweck, den es verfolgt, 'ut exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere vellet'[2]), soll doch ein rein vermögensrechtliches Interesse schützen, wenn auch dasselbe in dem familienrechtlich gearteten Patronatsrecht seine Quelle hat. Der Schutz, den das Interdikt de liberis exhibendis und im Anschluß daran das i. de liberis ducendis für die patria potestas geltend macht, ist doch weit entfernt von jenem, den das interdictum de liberto exhibendo für das Patronatsrecht beansprucht.

Ein anderer Punkt, an dem die Kritik des fr. 2 § 1 cit. nicht stillschweigend vorübergehen darf, ist das sonderbare Ergebnis, zu dem die darin enthaltene Einteilung in bezug auf das quantitative Verhältnis der einzelnen Gruppen zueinander führt. Bei der großen Mannigfaltigkeit der Gegenstände, zu deren Schutz die Interdikte dienen, kann eine diese Gegenstände betreffende Einteilung nur dann einen Sinn haben, wenn sie eine Orientierung in jener Mannigfaltigkeit u. z. durch geschickte, nach sachlichen Gesichtspunkten geordnete Gruppierung in kleinere Unterabteilungen ermöglicht. In dieser Beziehung versagt die paulinische — oder, sagen wir es gleich, die pseudopaulinische — Einteilung ganz. Nachdem die interdicta ad publicam utilitatem pertinentia ausscheiden, bleiben noch drei Gruppen: die Interdikte, quae iuris sui tuendi causa competunt, — zu denen, wenn

[1]) So Ubbelohde a. a. O. I 63f.
[2]) Gai. I. IV 162; Inst. Iust. IV 15, 1.

hierher in der Tat nur die auf Familienverhältnisse bezugnehmenden Interdikte zu zählen wären, nur die Interdikte de liberis exhibendis und ducendis, de uxore exhibenda und ducenda und schließlich de liberto exhibendo gehören würden, — dann die I., quae officii tuendi causa competunt, für die ein einziges Interdikt, das de homine libero exhibendo, in Betracht kommt[1]), und endlich die Interdikte, quae rei familiaris causa dantur, eine Gruppe, die alle anderen (reliqua), etwa dreißig bis vierzig an der Zahl, umfaßt. Daß man diese Einteilung nicht sehr erfindungsreich wird nennen dürfen, wird wohl ohne weiteres zugegeben werden.

Wie weit Paulus' Anteil an dieser Klassifizierung der Interdikte reicht, ist freilich nicht leicht zu ersehen. Denn daß sie ganz nachklassisches Werk wäre, darf nicht schlechthin angenommen werden. Vielleicht stammen von Paulus nur die Grundlinien der Gruppierung, und zwar in dem Sinne, daß Paulus die sakralrechtlichen Interessen Schutz bietenden Interdikte von jenen, die öffentlich- und privatrechtlichen Interessen dienen, schied. Ein gelehrter Paraphrast fand nachher die wenigen Interdikte heraus, die sich nicht leicht unter obigem Gesichtspunkt in die paulinische Einteilung einreihen ließen und schuf dann die an Material nicht sehr ausgiebigen Kategorien der interdicta, quae iuris sui tuendi causa und officii (tuendi) causa competunt. Das Ganze haben dann die Kompilatoren durch kräftige Streichungen, nicht zum Vorteil der Konstruktion und des Stils, abgekürzt.

II.

Interdicta, quae proprietatis causam und quae possessionis causam habent (D. XLIII, 1, 2, 2).

4. Ganz ungewöhnliche Schwierigkeiten bereitet das Verständnis der in Dig. eod. fr. 2 § 2 unter Paulus' Namen vorgebrachten Einteilung. Wollte man aufrichtig sein, so müßte man eigentlich von vornherein sagen, der Text, den wir in den Digesten lesen und die darin enthaltene Unter-

---

[1]) Da die familienrechtlichen Interdikte eine besondere Gruppe für sich bilden.

scheidung seien einfach unverständlich. Solche Geständnisse werden jedoch nur selten und ungern gemacht, und deshalb darf es nicht wundernehmen, daß man sich in der Literatur mit dem Fragment abplagte und ihm Deutungen unterschob, die mit dem in dem Text Gesagten nichts gemein haben.

Das Fragment lautet:

> Paul. (l. LXIII ad ed. = Lenel, Paling. 745): quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato[1]): nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent, item illa de liberis exhibendis[2]), quae iuris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si, quae interdicta[3]) ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.

Versuchen wir zunächst den Gedankengang des in seinen Ausführungen unglaublich wirren Textes unter Beibehaltung der technischen Redensarten wiederzugeben, soweit es geht. Manche Interdikte — heißt es — enthalten eine 'rei persecutio', wie z. B. das Interdikt de itinere actuque privato, denn 'dieses' Interdikt enthält eine 'proprietatis causa'. Welches Interdikt von den zwei im Edikt proponierten Interdikten de itinere actuque[4]) gemeint ist, wird aber nicht gesagt, man sah sich daher veranlaßt, durch eine Ergänzung dieses Interdikt näher zu bestimmen, indem man das im Text Gesagte auf das Interdikt de itinere actuque privato reficiendo (Dig. XLIII, 9, 3, 11) bezog.[5]) Aus den bisherigen Ausführungen der Stelle ergibt sich die merkwürdige Gleichung proprietatis causa = rei persecutio, weil

---

[1]) P. Krüger verzeichnet hierbei: 'reficiendo *ins. Mo.*' Die Korrektur reicht aber auf viel ältere Vorschläge, s. unten N. 5.

[2]) de liberis exhibendis *del. Hal.*, vgl. Lenel, Pal. a. a. O. N. 6. et de libertis exhibendis *ins. Karlowa.*

[3]) quae interdicta] et interdicta quaedam quae *Mo.*

[4]) Vgl. Lenel, Ed.² § 250; Berger, Interdictum VI, 9.

[5]) Der Gedanke geht auf die Glosse zurück, der dann Cujaz, Paratitla ad Cod. Iust. VIII 1, folgte. Ebenso Huschke, Studien des röm. R. (1830) S. 387 Anm. 58; Rudorff, Ztschr. für gesch. Rwiss. XIII (1846) S. 238; Karlowa, Röm. Rgesch. II 1014.

für die Qualifikation 'rei persecutionem continere' die Eigenschaft 'proprietatis causam continere' maßgebend ist.[1]) Nun heißt es aber weiter: aber auch jene Interdikte, die wegen der loca sacra und religiosa proponiert sind, enthalten gewissermaßen (veluti) eine proprietatis causa und desgleichen „jene Interdikte de liberis exhibendis[2]), von denen wir vorher gesagt haben, daß sie iuris tuendi causa zustehen". (Es sei bemerkt, daß der vorhergehende Text, auf den hier Bezug genommen wird, von iuris sui tuendi causa sprach.) Folglich werden auch diese Interdikte als rei persecutionem oder zumindest veluti rei persecutionem continentia aufzufassen sein. Darauf folgt ein Schlußsatz, der das Wunderbarste in dem Fragment ist: „damit es nicht verwunderlich erscheine, daß manche Interdikte[3]), die sich auf Vermögensgegenstände (res familiaris) beziehen, eine proprietatis causa und nicht eine possessionis causa enthalten". Ich gestehe diese Worte nicht zu verstehen.[4]) Was daraus zu entnehmen ist, ist so viel, daß der Text auf dem Gebiete der auf Vermögensrechte bezugnehmenden Interdikte zwischen Interdikten, quae possessionis causam habent und solchen, quae proprietatis causam habent, unterscheiden will, aber wie zwischen dieser Unterscheidung und dem Vorhergehenden durch den ut-non-sit-mirum-Satz — der wohl das entgegengesetzte Resultat von dem, das der Verfasser der Stelle sich dachte, hervorruft, da er den Leser

---

[1]) Die Glosse versuchte diese anfechtbare Gleichstellung zu mildern, indem sie die Worte 'rei persecutio' mit 'proprietatis persecutio' paraphrasierte.

[2]) Auch hier mußte mit einer Korrektur nachgeholfen werden, da es nur ein Interdikt de liberis exhibendis gibt, vgl. oben S. 184[2].

[3]) Hier war gleichfalls eine Korrektur des verderbten Textes notwendig, s. oben S. 184[3].

[4]) Dies sage ich auch nach der Erklärung des Satzes durch Karlowa, Röm. Rgesch. II 1014. 'Von dem nicht direkt ausgesprochenen Gedanken ausgehend, daß die meisten der Interdikte, quae ad rem familiarem pertinent, sich auch auf possessio und quasi possessio beziehen (?), bemerkt der Jurist, es sei doch nicht wunderbar, daß sich auch unter ihnen einzelne befänden, quae proprietatis causam habent, da es ja unter den übrigen Interdikten so manche gäbe, welche proprietatis bzw. veluti proprietatis causam enthielten.'

einfach stutzig macht — ein Zusammenhang herbeigeführt werden soll, vermag ich nicht einzusehen.

5. Einen Paulus-Text mit solchen Betrachtungen abzutun, hieße den Juristen geringschätzen, und dies wird wohl kein Romanist tun wollen. Im Gegenteil, man wird die sachliche und sprachliche Kritik an dem Text weiter walten lassen wollen, damit man den Juristen, der sowohl den Alten als auch uns als *κορυφαῖος* der klassischen Jurisprudenz gilt, von der Autorschaft des verworrenen Textes freisprechen kann.

Eine Reihe sprachlicher Unzulänglichkeiten haben wir schon vorher an jenen Stellen konstatieren können, wo sich Korrekturen als notwendig erwiesen haben[1]), um den verderbten Text zumindest sprachlich auszuglätten. In einem Text aber, der inhaltlich so stark anstößig ist, wie dieser, sind sprachliche Unebenheiten vielmehr als Kriterien seines byzantinischen Ursprungs zu bewerten. Nun fehlt es aber dafür auch nicht an weiteren Anzeichen. Für die interdicta de locis sacris et religiosis wird als Merkmal, das sie in die Gruppe der Interdikte, quae rei persecutionem continent, einführen soll, angegeben, daß sie 'veluti proprietatis causam continent'. Nun ist aber 'veluti' ein wohlbekannter byzantinischer (kompilatorischer) Notbehelf[2]), der geradeso wie die nunmehr — dank der jüngsten romanistischen Literatur — in ihrem wahren Lichte beleuchteten quasi-Konstruktionen[3]) und eine Reihe anderer dehnbarer Begriffe[4]), geeignet ist, künstlich neue Bildungen und Begriffe in ihnen sachlich fernstehende (oft gut klassische) Kategorien einzuordnen. — Das 'diximus' glatt als Kompilatorenredensart anzusprechen, wäre Übertreibung, denn es kommt, wie aus dem Vocab. iur. Rom. II 207 zu entnehmen ist, auch in klassischen Stellen nicht selten vor[5]), aber in dem Satz

[1]) Vgl. oben S. 184f.

[2]) Vgl. neuestens Rotondi, Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee (Sep.-Abdr. aus den Annali Fac. giur. Perugia 1914) S. 13 und die dort Anm. 3 Genannten.

[3]) Vgl. unten S. 220[3].

[4]) Wir kommen auf dieselben unten S. 212 zurück.

[5]) Besonders liebt es Gaius.

'quae iuris tuendi causa diximus competere' ist es uns nicht unwillkommen. Er ist so recht byzantinische, überflüssige Wiederholung[1]), und da ist ein Plural, wie 'diximus', doch lieber als ein schlichtes 'dixi', das bei Paulus nicht unbekannt ist.[2]) — Für den mit dem unverständlichen ut non sit mirum einsetzenden Schlußsatz ist zu bemerken, daß eine ähnliche Redensart in Dig. XXXVIII, 16, 15 unlängst als Gräzismus bezeichnet wurde.[3])

Zum Inhalte der Stelle selbst ist noch zu bemerken, daß eine scharf herausgearbeitete Unterscheidung der Interdikte hier gar nicht vorliegt. Denn nur aus dem Schlußsatz[4]) kann ein Gegensatz: interdicta, quae proprietatis causam und quae possessionis causam habent herausgelesen werden. Das war aber nicht die Unterscheidung, die der Jurist vor Augen hatte. Denn, nach den Anfangsworten zu schließen, ging er von der Kategorie der interdicta, quae rei persecutionem continent, aus. Wo ist aber der Gegensatz dazu? Schmidt[5]) zu folgen und von interdicta rei persecutionem non continentia als Seitenstück der vorher genannten zu sprechen, vermag ich nicht. Zu rei persecutionem continere kann es aber für das klassische Recht nur einen Gegensatz geben und der ist poenam continere. Das ist der bekannte Gegensatz in der Einteilung der Aktionen in rei und poenae persequendae causa comparatae, und ich halte es für durchaus verfehlt, in bezug auf die Interdikte bei der Deutung der Worte 'rei persecutionem continent', denselben eine andere Bedeutung unterlegen zu wollen, als sie in jener Unterscheidung der Aktionen haben — so unzutreffend Ubbelohde[6]) und andere[7]) — da es nicht angeht, den Klassikern zuzumuten, sie hätten eine für das Prozeßrecht technische Redensart in anderem Sinne auf die Interdikte als auf die Aktionen

---

[1]) Zur Aufklärung des 'veluti proprietatis causam continent' hilft sie nichts. [2]) S. Vocab. iur. Rom. a. a. O.

[3]) Beseler, Beiträge III (1913) 134. [4]) Vgl. oben S. 185.

[5]) Interdiktenverfahren S. 81. [6]) A. a. O. I 97.

[7]) Ihm folgend Chauvin, Le droit du père sur la personne de ses enfants (Pariser Diss. 1893) S. 36; Jobbé-Duval, Études sur l'hist. de la procéd. civ. rom. I (1896) S. 230f.

bezogen. So viele technische Bezeichnungen für Aktionenkategorien wurden analog auf die Interdikte ausgedehnt — ich erinnere an die interdicta duplicia, perpetua, temporaria (annalia), popularia, utilia, noxalia[1]) — daß es methodisch unzulässig ist, hier einfach zu behaupten, die Ausdrucksweise 'rei persecutio' hätte hier eine andere Bedeutung gehabt als bei den Aktionen. Und daß in der Tat die Klassiker jener Ausdrucksweise auch für das Interdiktengebiet dieselbe Bedeutung beimessen, beweist eine in diesem Zusammenhang außer acht gelassene Stelle, die sich auf das Interdikt de vi bezieht: Dig. XLIII, 16, 3, 1.[2])

So muß denn jede Deutung dieser der klassischen Rechtssprache im Bereiche des Aktionenrechts sehr geläufigen Ausdrucksweise[3]) auch in bezug auf die Interdikte von der Definition ausgehen, die Paulus an anderer Stelle, Dig. XLIV, 7, 35 pr. gibt: illae autem actiones rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.[4]) Zu rem persequi (rei persecutionem habere, continere) ist aber das Gegenstück poenam persequi, das bekanntlich in den Quellen sehr häufig betont wird[5]), und so müßten nun das Gegenstück zu den interdicta, quae rei persecutionem continent die Interdikte, quae poenam continent bilden. Aber solche Interdikte gibt es nicht, denn die Interdikte als solche sind nicht auf pönalartige Ahndung von Delikten abgestellt, selbst dort nicht, wo ausnahmsweise eine deliktsartige Handlung ihre Grundlage bildet.[6]) Eine poena ist mit dem Wesen des Interdikts nicht vereinbar, — die Quellen können auch keine interdicta

---

[1]) Für alle diese Kategorien vgl. jetzt Berger, Interdictum, III.

[2]) Ulp. (l. LXIX ad ed.): Haec actio [, quae adversus heredem ceterosque successores pertinet,] perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur.

[3]) Vgl. Vocab. iur. Rom. V 125, 51f. 137, 15ff. 138, 13ff.

[4]) Vgl. zur Stelle: Albertario, Riv. ital. per le sc. giur. LII (1912) 24; Rend. Ist. Lomb. 1913, 302.

[5]) Vgl. etwa Dig. IV, 7, 4, 6; XIII, 5, 18, 2; XVII, 2, 50; XVIII, 7, 7; XXVII, 3, 2, 2; XXIX, 2, 20, 5; XXIX, 4, 12, 1; XXXIX, 4, 5, 1; XLVII, 12, 10; Paul. Sent. II, 31, 13. Vgl. dazu jetzt Levy, Privatstrafe und Schadensersatz 1915, S. 22ff. (Diese Arbeit konnte hier noch während der Korrektur berücksichtigt werden.)

[6]) I. de vi, i. fraudatorium, manchmal auch das i. quod vi aut clam.

poenalia[1]) — weil doch der Interdiktenbefehl, der ohne genaue, prozeßmäßige Prüfung der Tatsachen erlassen wird, keine Strafe für das Delikt aussprechen konnte.[2]) Dagegen bekommt das dem Interdikt nachfolgende Verfahren einen pönalen Charakter, wenn per sponsionem agiert wurde: Gaius gebraucht dafür ausdrücklich das Wort poena, vgl. Inst. IV, 141, 163.[3]) Und da glaube ich ist der Schlüssel zur Lösung des Rätsels, das uns die von den Kompilatoren stark entstellte Paulusstelle stellt[3]): Paulus — wenn überhaupt der Anfang der Stelle von Paulus stammt — dürfte darauf hingewiesen haben, daß die meisten vermögensrechtlichen Interdikte rei persecutionem continent, sie führen aber zu einer poena, wenn per sponsionem agiert wird. Das konnte aber weder der byzantinische Kompilator noch ein nachklassischer Benutzer des paulinischen Ediktskommentars stehenlassen, da zu ihren Zeiten von dem Sponsionsverfahren keine Rede mehr war.[4])

Dagegen vermag ich nicht die Einteilung der Interdikte in quae proprietatis causam und quae possessionis causam habent Paulus zuzuschreiben. Wäre diese Einteilung eine klassische, und insbesondere, wäre sie von jenen grundlegenden Gesichtspunkten ausgegangen, die ihr die Literatur unterstellt[5]), so müßte sie sich in dem umfangreichen Material, das wir für die Interdikte zur Verfügung haben, irgendwo wiederfinden. Diese Erwägung, zusammen mit der Feststellung, daß continere (habere) causam proprietatis nirgends sonst vorkommt[6]) und daß die 'proprietatis causa', die hier gleich dreimal erwähnt wird, im gesamten Wortschatz der klassischen Jurisprudenz nur ein einziges Mal erscheint[7]),

---

[1]) Levy a. a. O. S. 25 macht allerdings einen Unterschied zwischen 'poenalis' und 'poenam continet'. [2]) Vgl. auch Perozzi, Istituzioni II 75[1]. [3]) Vgl. auch IV 167 in bezug auf die fructus licitatio.

[4]) Diese Auffassung ist weit von jener Karlowas, Röm. Rgesch. II 1014, entfernt, die mir unannehmbar scheint. Karlowa glaubt, Paulus hätte zunächst von dem Gegensatz der Interdikte, quae rei persecutionem habent und der interdicta poenalia bzw. noxalia gesprochen. Weshalb hätten dann die Kompilatoren diese Betrachtung Paulus' gekürzt?

[5]) S. unten S. 191 ff. [6]) Vgl. Vocab. iur. Rom. I 983, 40f.

[7]) Dig. XLVIII, 5, 28, 8. Die Echtheit dieses Textes kann hier nicht in Betracht gezogen werden.

legt die Vermutung nahe, daß diese Distinktion nicht klassischen Ursprungs ist. Zusammen mit den sprachlichen und sachlichen Anstößigkeiten gibt das Fragment das traurige Bild eines Trümmerfeldes ab, in dem verschiedene Gedanken mit wenig charakteristischen Beispielen durcheinandergeworfen das klassische Fundament — wenn es überhaupt ein solches für die Stelle gab — nicht erkennen lassen. Denn es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Stelle aus einer knapp formulierten Randglosse eines Nachklassikers herauswuchs und erst unter kompilatorischer Überarbeitung die heutigen Formen erhielt. Man sehe nur, wie glänzend § 3 eod. nach Streichung des ganzen § 2 sich an § 1 anknüpfen läßt. In diesem Falle wäre dann zu unterstellen, die Kompilatoren hätten eine für die Aktionen maßgebende Kategorienbezeichnung (rei persecutionem continere) auf die Interdikte ausgedehnt — dies wäre bei der nunmehrigen Gleichstellung der actiones mit den interdicta durchaus nicht auffallend — obwohl der Gegensatz aus dem Aktionenrecht (quibus poenam persequimur: Gai. IV 8) hier nicht verwendbar war. Da ich jedoch zu solchen radikalen Streichungen, die ganze Stellen verschwinden lassen, nicht hinneige[1]) — insbesondere wenn sie so umfangreich sind wie diese —, so möchte ich doch nochmals auf die vorher (S. 189) in bezug auf den Anfangssatz der Stelle mit dem rei persecutionem continere vorgebrachte Hypothese hinweisen.

6. Es versteht sich nach dem Gesagten von selbst, daß für die Erklärung der Kategorie der Interdikte, quae proprietatis causam und possessionis causam continent, hier nicht viele Worte zu verlieren sind. Es handelt sich in Dig. XLIII, 1, 2, 2 um eine nachklassische (kompilatorische?) Einteilung der Interdikte und diese kann uns bei Erforschung des klassischen Interdiktenrechts gleichgültig sein. Aber auch für die Kenntnis des nachklassischen und justinianischen Rechts, dessen Erforschung bei den Untersuchungen über das klassische römische Recht nicht beiseite geschoben werden darf[2]), hat diese Stelle nur einen geringen Wert.

[1]) Vgl. Berger, L'indirizzo odierno degli studi di diritto romano (S.-A. aus der Riv. crit. di scienze sociali II 1915) S. 7ff.

[2]) Vgl. Berger, L'indirizzo usw. a. a. O. S. 18ff.

Nach der großen Umwälzung, die die Interdikte im Recht und Prozeß der nachklassischen Zeit erfuhren[1]), kann eine die justinianischen Interdikte betreffende Einteilung die prozeßrechtliche Seite derselben nicht berühren, sondern — da sie jetzt 'extraordinariae actiones, quae pro interdictis competunt'[2]) geworden sind, bei denen das Formular des früheren Interdikts nur einen materiell-rechtlichen Grundsatz darstellt, auf den die actio gestützt werden kann — hat vielmehr eine rein scholastische Bedeutung. Und da ist es das einfachste, aus den Worten das herauszulesen, was sie sagen: es gebe unter den auf vermögensrechtliche Verhältnisse abgestellten Interdikten solche, die die Eigentumsfrage, und solche, die nur die Besitzfrage betreffen.[3])[4])

7. Nach obigen Betrachtungen dürfte es klar sein, wie wir uns zu den verschiedenen Auffassungen, die man in der Literatur findet und die die in der l. 2 § 2 cit. enthaltene Einteilung der Interdikte als klassisch hinstellen, stellen. Alle diese Bemühungen, der Stelle einen für die klassischen Interdikte brauchbaren Unterscheidungsgedanken abzugewinnen, scheinen mir vergeblich: sie zerschellen sowohl an der Sprache der Stelle als auch an ihrem Inhalt, insbesondere auch an den wenig prägnanten Beispielen. Diese Bemühungen gehen schon auf die Glosse zurück. Merkwürdig ist aber, daß, was nachher gesagt worden ist, nur wenig von den Ideen der Glossatoren entfernt ist, obwohl man schon das IV. Buch der Institutionen Gaius' und seine Enthüllungen über das klassische Interdiktenrecht kannte.

Wir wollen nun auch die einschlägige Literatur überblicken.

---

[1]) Darüber zusammenfassend Berger, Interdictum, Abschn. VIII a. E. [2]) Rubr. Tit. Dig. XLIII, 1.

[3]) Damit soll freilich nicht das ganze Gebiet der justinianischen Interdikte erschöpft sein, wie aus dem Schlußsatz der Stelle zu entnehmen ist.

[4]) Aus Quint. Inst. or. VII, 5, 3 ist zur Erklärung unserer Stelle nichts zu entnehmen: quotiens tamen poterimus, efficiendum est, ut de re quoque iudex bene sentiat: sic enim iuri nostro libentius indulgebit, ut in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse docere oportebit.

Die Ausführungen Schmidts, dessen 'Interdiktenverfahren' noch immer, trotzdem es über sechs Jahrzehnte alt ist, eine ungewöhnliche Frische aufweist, zeigen, wie sehr der Gelehrte sich bemühte, der Einteilung der l. 2 § 2 cit. einen Sinn abzugewinnen, obwohl er mehr als einmal der Schwierigkeiten sich bewußt war, die einem vernünftigen Ergebnis entgegentreten.[1]) Er vertritt die Auffassung[2]), daß sämtliche[3]) unter dem Namen rei persecutionem continentia vereinigten Interdikte in einem gemeinsamen Punkte zusammentreffen: 'sie machen die Verpflichtung abhängig von einem korrespondierenden Recht, sei es von einem privaten, dem Interdizenten zuständigen oder von einem solchen, das einem reinen Privatrecht vergleichbar ist.' Die bei weitem größere Zahl der Interdikte aber 'basiert auf Tatsachen, welche erst durch den ihnen zuteil werdenden Interdiktenschutz in die Sphäre des Rechts erhoben werden: die rei persecutionem continentia beruhen dagegen auf Rechten, welche solche sind, ganz unabhängig von den Interdikten'. Diese Eigentümlichkeit habe die Folge, daß, wenn es zur Klage aus dem Interdikt kommt, der Kläger das behauptete Recht beweisen müsse. Daraus ergebe sich die weitere wichtige Konsequenz: durch die actio ex interdicto werde das Recht selbst in iudicium deduziert, es werde von dem Richter darüber entschieden, sein Urteil bringe res iudicata für das Recht. Gerade von dieser Seite her sei die Bezeichnung der Eigentümlichkeit genommen: rei persecutionem, proprietatis causam continent.[4])

---

[1]) A. a. O. S. 82: 'der Ausdruck interdicta rei persecutionem continentia ist nicht unzweideutig'. S. 83: 'handelt es sich dagegen um einen locus religiosus, so kann zwar von dem Eigentumsbeweise des Klägers nicht geredet werden' usf. S. 84: 'bei denjenigen Interdikten, welche iuris sui tuendi causa gegeben werden, fehlt eine jede proprietatis causa'.

[2]) A. a. O. S. 86.

[3]) Die Stelle führt aber dafür nur ein Interdikt an, die anderen haben nur veluti proprietatis causam.

[4]) Die Quelle dieser Auffassung geht auf die Glosse zurück, die behauptete: in quibusdam interdictis vertitur quaestio proprietatis, ut in interdicto de itinere actuque privato, quando intentatur ab eo

Das klingt alles sehr schön, findet aber ebensowenig in dem Text selbst eine Grundlage, als es mit dem klassischen Recht vereinbar ist.

Zunächst ist zu beachten, daß alle Interdikteneinteilungen[1]) die Interdikte selbst, d. h. entweder ihre Formulare, ihr Wesen und die damit zusammenhängenden charakteristischen Merkmale, oder den durch sie angestrebten Rechtsschutz betreffen. Eine Einteilung in bezug auf die Beweisfrage in iudicio des dem Erlaß des Interdikts nachfolgenden Verfahrens[2]) wäre unnütz, weil die Beweisfrage für die Interdikte selbst wenig charakteristisch ist. Denn bei dem aus dem Interdikt sich entwickelnden Verfahren, mag es per sponsionem mit angehängtem iudicium secutorium oder per formulam arbitrariam seinen Lauf nehmen, handelt es sich lediglich darum, ob der Interdiktengegner gegen den Interdiktenbefehl (adversus edictum praetoris[3]) verstoßen hat, und daher kann von einer res iudicata über das Recht des Interdiktspostulanten keine Rede sein. Welche Beweise zur Begründung der Rechtmäßigkeit des Interdiktenschutzes in Betracht kommen, ist für das Wesen des Interdikts selbst irrelevant. In der Regel wird es sich gerade um Beweis von Rechten handeln, denn bei den meisten Interdikten wird schon bei der Frage der Aktivlegitimation ein Recht des Interdiktspostulanten in Erwägung kommen und zu beweisen sein. Und diese Frage ist

---

qui vult reficere iter, nam agens eo debet probare dominium servitutis (!). Und auch im folgenden spricht die Glosse davon, was bei solchen Interdikten zu beweisen ist. — Ein Vorläufer Schmidts in dieser Auffassung ist auch Huschke, Studien des röm. Rechts (1830) S. 387[58]: 'manche Interdikte werden gegeben nicht bloß wegen faktischer Zustände, sondern zum Schutz von Rechten'. — Ähnlich auch Keller (vgl. Zivilpr.[6], 378 N. 871), doch bemerkt er treffend: 'der Gegensatz bietet viel Anlaß zu Verwechslung von Grund und Ziel'. — Auch Karlowa ist stark von diesen Auffassungen beeinflußt (Röm. Rgesch. II 1014): 'daß es unter den I. solche gibt, zu deren Voraussetzungen ein ius gehört, erklärt die Einteilung derselben in solche, welche proprietatis causam und solche, welche possessionis causam continent.'

[1]) Übersicht bei Berger, Interdictum, Abschn. III.

[2]) In dem Verfahren in iure werden keine Beweisfragen erledigt.

[3]) Vgl. Gaius IV 141, 165; Schmidt a. a. O. 240ff.; Ubbelohde II 90ff.

oft bei einem und demselben Interdikte so verschieden, — vgl. z. B. für das interdictum quod vi aut clam Dig. XLIII, 24, 11 § 14 und die folgenden Fragmente, — daß es undenkbar erscheint, die Klassiker hätten da von einer proprietatis causa gesprochen. Auch beim Interdikt de itinere actuque privato, das in unserer Stelle genannt wird, wird der Interdiktenpostulant, um das Begehren des Interdiktenschutzes zu begründen, sein Servitutsrecht beweisen dürfen, da ja das Interdikt vornehmlich zum Schutze der Dienstbarkeiten dient[1]), wenn auch im Einzelfalle der Beweis des Genusses genügen wird (Dig. XLIII, 19, 1, 2). Vgl. für die Interdikte zum Schutze der Wassergerechtigkeiten Dig. XLIII, 20, 1, 10.

Wohl beruft sich Schmidt auf einige Quellenstellen zur Begründung seiner These, doch halte ich es für überflüssig, wegen der von ihm in diesem Zusammenhange[2]) genannten Stellen Dig. XLIII, 30, 3, 4 und XLIII, 29, 3, 7 mich hier weiter aufzuhalten, da ich keinen Zusammenhang mit unserer Stelle und den darin enthaltenen Begriffen einzusehen vermag. Die dritte, auf das interdictum de aqua ex castello ducenda bezugnehmende Stelle aber, auf die sich Schmidt beruft[3]), Dig. XLIII, 20, 1, 44, hilft auch nicht viel, da sie kein klassisches Recht wiedergibt, und es gehört wahrlich nicht viel Scharfsinn dazu die Stelle als interpoliert zu erkennen.[4]) Schon die Redensart 'in hoc interdicto finiri totam quaestionem adsignationis' (nachher heißt es noch schöner 'totum [sic!] finitur') zeigt auf den byzantinischen Ursprung der Stelle, mit dem auch das 'meminisse autem debemus'[5]) sehr gut zusammenpaßt. Ein Klassiker

[1]) pertinet ad tuendas servitutes: Dig. XLIII, 19, 1, 1.

[2]) A. a. O. S. 86f.

[3]) Ihm ging schon darin die Glosse voran, der dann Cujaz (Paratitla ad Cod. Iust. VIII 1) folgte.

[4]) Die Stelle lautet: Ulp. l. 70 ad ed.: Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam finiri quaestionem assignationis: non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet ius adsignatum sibi aut non habet, et interdictum (interdicto Schulting) totum finitur.

[5]) Ist ein ἅπαξ εἰρημένον. Vgl. Vocab. iur. Rom. II 65, 8. Sonst wird 'meminisse oportebit' gesagt, vgl. z. B. D. I, 16, 10 pr.; XIV, 3, 13, 1; XXXVI, 1, 6, 1; XL, 2, 96 pr.

würde so von dem Interdikt nicht sprechen können, da dies alles in das dem Interdikt nachfolgende Verfahren gehört, dessen Vorläufer nur das Interdikt selbst ist, aber der Byzantiner, für den es nur auf die 'actio, quae pro interdicto exercetur'[1]), ankommt, durfte sich so ausdrücken. Mit dem praeparare causam stimmt es auch nicht, denn wenn der Interdiktenpostulant sein Wasserbezugsrecht auf eine Wassergerechtigkeit stützt, so wird er auch sein ius aquaeductus beweisen dürfen.[2]) Der Satz 'aut habet ius sibi assignatum aut non habet' steht subjektlos da, außerdem verrät der krasse Subjektswechsel den Kompilatorenstil. Jeder Klassiker, und Ulpian nicht minder, würde sich gegen die Zumutung aufgelehnt haben, er hätte hier eine proprietatis causa gesehen.[3])

8. Gegen Schmidt hat Ubbelohde[4]) Stellung genommen[5]), doch vermag die Lösung des Problems, die er vorschlägt, ebensowenig zu befriedigen, obwohl sie anderweitig Zustimmung gefunden[6]); zumindest kann darin kein dem Inhalt der l. 2 § 2 cit. gerecht werdender Gedanke

---

[1]) Inst. Iust. IV 15 pr.

[2]) Unzutreffend Schmidt a. a. O. 88.

[3]) Es ist nicht uninteressant, zu welchem Ergebnis Cujaz a. a. O. gelangt, nachdem er ebenfalls obige Stelle zum Verständnis des fr. Dig. XLIII, 1, 2, 2 herangezogen hatte (non inficior, quaedam esse interdicta, quae causam proprietatis finiunt, sed sunt admodum pauca, ut interdictum, quod datur ei, cui princeps permisit ducere in praedium suum certum modulum aquae publicae ex castello. Hoc interdictum non tantum possessorem facit (?) eum, cui ius aquae princeps adsignavit, sed etiam finit quaestionem adsignationis): nulla sunt interdicta, quae proprietatis dumtaxat causam contineant, plura quae possessionis dumtaxat, nonnulla quae possessionis et proprietatis causam. Das ist nun aber wieder ein anderes Ergebnis, als jenes, zu dem die Auffassung Schmidts und seiner Anhänger führt, obwohl Cujacius auch die quaestio proprietatis der Frage, an habeat servitutem (für das Interdikt de itinere actuque privato reficiendo), gleichstellt.

[4]) A. a. O. I 93ff.

[5]) Freilich ist die Bekämpfung eine solche, daß sie nicht ausschließt, daß zwischen den beiden Auffassungen Berührungspunkte vorhanden sind.

[6]) Vgl. Scialoja, Esercizio e difesa dei diritti (1895) 341, dem wiederum Bertolini, Appunti didattici di dir. rom. Ser. seconda. Il processo civile romano III (1915) 56 folgt. Zustimmend auch Chauvin a. a. O.; Jobbé-Duval a. a. O. 231.

gefunden werden. Ubbelohde hat übrigens selbst betont[1]), daß die Bezeichnung proprietatis causam und possessionis causam continentia wenig treffend ist; damit wird aber zugegeben, daß das, was er ihnen unterschiebt, nicht das Richtige trifft, und daran vermögen auch seine weit ausgreifenden Untersuchungen, in denen er nach diesem Gesichtspunkte hin alle Interdikte prüft[2]), nichts zu ändern. Ubbelohde gibt den Gegensatz 'proprietatis causam' und 'possessionis causam continere' als 'Provisorium und Definitivum' wieder.[3]) 'Die possessionis causa umfaßt zunächst alle Verhältnisse, für welche durch das betreffende Interdikt nur eine, trotz ihrer Rechtskraft mittels eines anderweitigen Rechtsbehelfes in ihrer tatsächlichen Wirkung seitens des im Interdiktenverfahren Unterlegenen anfechtbare Entscheidung erzielt werden kann, wie z. B. sich der Erfolg der rechtskräftigen Entscheidung im interdictum retinendae possessionis durch die nachfolgende rei vindicatio des mit dem Interdikt Besiegten umstoßen läßt.[4])[5])

Die Widerlegung der Auffassung Ubbelohdes in bezug auf die einzelnen Interdikte kann hier nicht unternommen werden, obwohl da manches zum Widerspruch reizt. Von dem ablehnenden Standpunkt aus, den wir Ubbelohdes Auffassung gegenüber einnehmen, da wir für sie gar keine Anhaltspunkte in Dig. XLIII, 1, 2, 2 finden, wäre eine solche detaillierte Widerlegung überflüssige Schreiberei; es sei nur die Bemerkung gestattet, wie denn das 'veluti proprietatis causam habere' mit der Auffassung 'Definitivum' zu vereinigen wäre: man müßte da an ein 'veluti-Definitivum' denken! Ich glaube mich keiner Übertreibung schuldig zu machen, wenn ich behaupte, daß Ubbelohdes

---

[1]) A. a. O. S. 96. [2]) A. a. O. S. 99—171. [3]) S. 95 ff.

[4]) Auch dieser Ansicht hat schon die Glosse vorgearbeitet: item effectus victoriae erit similis causae proprietatis vel quasi, quia sicut causa proprietatis finita, totum finitur — dabei wird auf Dig. XLIII, 20, 1, 44 (oben S. 194) — secus in possessorio, quia secunda quaestio proprietatis remanet.

[5]) Um diese Deutung möglich erscheinen zu lassen, zögert Ubbelohde keinen Augenblick, dem Worte res in der Verbindung rei persecutio jene Bedeutung zuzuschieben, die es in der bekannten Verbindung bonorum possessio cum re und sine re hat!

Einteilung mit der l. D. XLIII, 1, 2, 2 nichts zu tun hat.

Girard[1]) nennt die Interdikte, quae proprietatis causam habent, 'petitorische', die anderen 'possessorische'[2]) und findet die Unterscheidung, deren Sinn er ausdrücklich als bestritten bezeichnet, dadurch begründet, daß manche Interdikte den Beweis des Rechts nicht zulassen und somit eine spätere Klage auf Grund dieses Rechts nicht ausschließen, wogegen andere den Beweis des Rechts voraussetzen oder zumindest zulassen. Wie dieser Deutung, in der ältere Ansichten, jene der Glosse[3]) mit inbegriffen, durchschimmern, das fr. 2 § 2 zugrunde zu legen ist, sehe ich nicht recht ein.

Schon dieser rasche Überblick dürfte genügen, um zu zeigen, wie sehr gezwungen die Deutungen sind, die man dem fr. 2 § 2 unterlegen wollte, bloß, um einen Sinn dem Text abzugewinnen, auch wenn er durch die Worte des Fragments nicht gerechtfertigt erscheint. Es darf dabei zum Schluß auf eine Bemerkung hingewiesen werden, die in der neuesten, auf umfassender Berücksichtigung der einschlägigen Literatur aufgebauten Darstellung des römischen Prozeßrechts zu finden ist[4]): man dürfe bei der Unterscheidung der Interdikte in quae proprietatis causam und quae possessionis causam habent diese Bezeichnungen nicht wörtlich nehmen ('Interdikte, welche sich auf das Eigentum, und solche, die sich auf den Besitz beziehen'). Diese Bemerkung, die eine Zusammenfassung des bisher darüber Gesagten darstellen soll, zeigt zur Genüge, daß man nur auf künstlichem Wege diesen Begriffen einen Sinn beibringen kann. Und dies ist auch ein kräftiges Argument gegen ihre Klassizität, da wir sonst mit solcher Methode — sie nicht wörtlich zu nehmen — den von der klassischen Jurisprudenz ausgebildeten technischen Bezeichnungen nicht entgegenzutreten pflegen. Und in ebenso beredter Weise spricht für die Unzulänglichkeit der bisherigen Versuche

---

[1]) Manuel [5] 1054 f.

[2]) Das sagte schon Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rwiss. XIII (1846) 239. Vgl. auch Ubbelohde a. a. O. I 96[9].

[3]) Vgl. oben S. 196[4]. [4]) Bertolini a. a. O. III 55.

der nicht minder künstliche Ausweg, der von mehreren eingeschlagen wurde[1]), die Redensart 'rei persecutionem continere' hätte hier eine andere Bedeutung als sonst.

III.

Interdicta mixta (D. XLIII, 1, 1, 1).[2])

9. Ein weiteres Fragment, dem wir in diesen Miszellen unsere Aufmerksamkeit widmen wollen, ist das fr. Dig. XLIII, 1, 1, 1. Der Text bringt nämlich eine sonst unbekannte Interdiktenkategorie, und diese ist um so auffallender, als sie im Anschluß an eine Einteilung gebracht wird, die bei Gaius sehr eingehend erörtert wird.

Der Text lautet:

> Ulp. (l. LXVII ad ed.): Interdictorum autem tres species sunt, exhibitoria prohibitoria restitutoria: sunt tamen quaedam interdicta et mixta, quae et prohibitoria sunt et exhibitoria.[3])

Wir begegnen hier zum ersten und auch zum einzigen Mal den interdicta mixta, und als solche gelten nach dem Text, wie er in der Florentina überliefert ist und durch die Basiliken bestätigt wird[4]), die Interdikte, die gleichzeitig prohibitorisch und exhibitorisch sind.

Bedenken gegen die Echtheit des Textes erweckt gleich seine Gegenüberstellung einigen Aussprüchen der Institutionen des Gaius, der wertvollsten Quelle, die wir für die

---

[1]) Vgl. oben S. 187. [2]) Ich gebe in diesem und folgendem (IV.) Kapitel den Aufsatz, der in der Festschrift (Vol. delle onoranze) für Prof. V. Simoncelli in Rom erscheinen soll, mit Zusätzen und in veränderter Fassung wieder, da das Erscheinen und die Verbreitung der Festschrift durch die Kriegsereignisse hinausgeschoben werden dürfte.

[3]) Letztens befaßte sich gelegentlich mit dem Text, ohne ihn in irgendwelcher Richtung zu verdächtigen, Albertario, Riv. ital. per le sc. giur. LII (1912) S. 42. [Jetzt auch Levy, Privatstrafe und Schadensersatz 1915, S. 141; vgl. unten S. 202[3]. Korr.-Zus.]

[4]) Dies ist die Auffassung Mommsens (vgl. Ed. maior Dig. ad h. l.), der auf Bas. LVIII 14, 1 verweist; er zieht dabei die Anfangsworte des folgenden Fragments *κωλυτικὰ καὶ παραστατικά* ans Ende des fr. 1 cit. herüber. So auch Zachariae, Synopsis (Ius gr.-rom. V) 536f. Anders Heimbach in seiner Basilikenausgabe V 215.

Erkenntnis der klassischen Lehre von den Interdikten haben.

In seinen Institutionen (IV 139) sagt Gaius zur Darstellung der Interdikte übergehend:

et in summa (sc. praetor) aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet.

Und gerade diese Unterscheidung (aut—aut) bildet die Grundlage der ursprünglichen Terminologie, welche zwischen decreta und interdicta im engeren Sinne unterschied. Die decreta umfassen die magistratischen Befehle, in denen der Prätor iubet aliquid fieri, die interdicta (s. str.), wo er prohibet aliquid fieri, vgl. Gai. Inst. IV 140 und Inst. IV, 15, 1 in f. Bekanntlich werden noch im Gebiete der decreta die restitutorischen Interdikte von den exhibitorischen abgesondert, in der Gruppe der Interdikte im engeren Sinne, d. h. der prohibitorischen, gibt es keine weiteren Unterabteilungen.

Man versuchte zwar diese Einteilung der Interdikte anzufechten, doch meines Erachtens ohne gute Gründe. Eisele[1]) und Ubbelohde[2]) warfen ihr vor, sie sei logisch unkorrekt, da eine Bezeichnung (prohibitorius) die Form, die beiden anderen den Inhalt des Interdikts treffen. Demgegenüber hob Karlowa[3]) hervor, daß auch das Adjektiv prohibitorius sich auf den Inhalt des Interdikts bezieht: derselbe werde nicht durch die Pflicht des Beklagten bestimmt, sich einer gewissen Handlung zu enthalten, sondern durch das Recht des Klägers, dem Beklagten etwas zu verbieten. Dies letztere ist insofern unrichtig, als der Verbietende beim prohibitorischen Interdikt der Magistrat selbst ist, und nicht der Kläger.

Meiner Ansicht nach kann man die Einteilung in keiner Beziehung anfechten, sie ist durchaus zutreffend und sinnreich und trifft gerade durch die Auswahl der Bezeichnungen das Wesentliche des Interdiktenbefehls, auch in bezug auf die Form. Denn für ein Interdikt, das in ein 'restituas' ausklingt und eine Restitution anbefiehlt, kann

---

[1]) Arch. für ziv. Praxis LXIX (1885) 310.
[2]) A. a. O. I 193. [3]) R. Rgesch. II 1006.

kaum eine zutreffendere Bezeichnung gefunden werden als 'restitutorius', geradeso wie für jene, die eine Exhibition durch das Schlagwort 'exhibeas' anordnen, die passendste Benennung 'exhibitorius' ist.[1]) Und ist etwa 'prohibitorius' eine weniger gut gewählte Bezeichnung? Auch diese Frage wird man verneinen müssen; freilich würde ein aus dem Zeitwort 'vetare' gebildetes Adjektiv — mit Rücksicht auf den Schlußakkord der prohibitorischen Interdikte ('vim fieri veto' bzw. 'veto' schlechthin)[2]) — besser an die Worte des Interdikts erinnern, doch ist anderseits zu beachten, daß es einige, allerdings nur sehr wenige Interdikte gibt, die ein 'veto' nicht aufweisen, sondern sich mit der Formu-

---

[1]) Die beiden gut klassischen Bezeichnungen zeigen, daß man den Adjektiven auf *orius* nicht gerade mit Mißtrauen entgegentreten darf (s. Segrè, Mél. Girard 1912, S.-A. S. 43ff.). Ich halte seine Bedenken gegen die Bezeichnung interrogatoria actio (a. a. O. 46[1]) — trotz der Zustimmung von Betti, Le actiones ex responsione in iure, Atti Accad. Torino Vol. L (1914—15) 390[3] — für unbegründet, vgl. Berger, Art. Interrogatio in Pauly-Wissowas Realenz. IX. Bd. unter 1. Die Bezeichnung, die Betti a. a. O. als 'termine classico' vorbringt, 'actio ex responsione in iure', ist den Quellen durchaus fremd, vgl. Berger a. a. O.

[2]) In den Inst. Iust. IV, 15, 1 — die klassische Quelle dieser Stelle ist unbekannt, doch wird mit Rücksicht auf das gute Latein und die Klassizität der darin enthaltenen Grundsätze (vgl. Ferrini, Bull. dell'ist. XIII 201) klassischer Ursprung anzunehmen sein — wird dieser Unterschied in der Abfassung des Schlußverbots der prohibitorischen Interdikte (vim fieri veto, veto) sehr fein angedeutet: prohibitoria sunt, quibus vetat (sc. praetor) aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti vel mortuum inferenti, quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari vel in flumine publico ...... aliquid fieri. In den beiden letztgenannten Interdikten fehlten in der Tat die Worte vim fieri, vgl. Dig. XLIII, 6, 1 pr. (Lenel, Ed. [2] §235); XLIII, 12, 1 pr. (Lenel, Ed. [2] §241). Vielleicht wäre gerade mit Rücksicht auf die Institutionenstelle im Formular des fr. Dig. XLIII, 12, 1 pr. an Stelle der ne-facias-(immittas)-Konstruktion jene des fr. Dig. XLIII, 8, 2, 20 'facere immittere veto' — schon der reinen Einheitlichkeit des Formulars wegen — zu setzen. Doch würde dann andererseits kaum eine Erklärung dafür zu finden sein, warum die Änderung herbeigeführt wurde. Die Frage ist übrigens von keiner großen Bedeutung, da es sich rein um die Form handelt, schließlich liegt in einem 'ne facias' auch ein 'vetare'. Vgl. Lenel, Ed. [2] 444[4]. Auszuschließen ist aber die Auffassung Dernburgs, Festg. für Heffter (1873), das Formular des Interdikts des fr. Dig. XLIII, 12, 1 pr. hätte die Schlußworte vim fieri veto enthalten.

lierung 'ne' mit dem Konj. praes. begnügen, vgl. z. B. das Interdikt ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur (Dig. XLIII, 12, 1 pr.)[1]) oder jenes ne quid in loco publico fiat, qua ex re quid alteri damni detur (Dig. XLIII, 8, 2 pr., vgl. auch fr. 2 § 6 eod.). Schließlich, ist prohibere mit vetare nicht synonym? Sagt doch Gaius IV 140: prohibet fieri, cum praecipit, ne vis fiat, und auch sonst wird von ihm 'fieri prohibet' schlankweg auf die mit einem 'veto' ausgestatteten Interdikte angewandt (IV 139, 141).

Wichtiger ist aber, daß die Einteilung der Interdikte in die drei Arten: prohibitorische, restitutorische und exhibitorische von Gaius als principalis divisio bezeichnet wird[2]); ihm folgen darin die justinianischen Institutionen, die sie als 'summa' bezeichnen (IV 15, 1). 'Principalis' bzw. 'summa' kann aber eine Einteilung nur dann sein, wenn sie alle Interdikte umfaßt: für eine weitere Kategorie gibt es da keinen Platz mehr.

10. Faßt man die vorher erörterte Grundlage der Einteilung der Interdikte in prohibitorische, exhibitorische und restitutorische ins Auge, so muß man zur Erkenntnis gelangen, daß die Kategorie der interdicta mixta ein Unding ist. Denn wie soll ein Interdikt gleichzeitig zwei Befehle enthalten? Denkbar wäre wohl ein exhibitorisch-restitutorisches Interdikt mit den Schlußworten: exhibeas et restituas, doch stehen einem solchen prätorischen Doppelbefehl wichtige sachliche Bedenken entgegen, da der Restitutionsbefehl erst vom Ergebnis der Exhibition abhängig gemacht werden kann, und so wäre ein vorgreifender Restitutionsbefehl schon vom rein logischen Standpunkt aus stark anfechtbar. Übersieht man aber das recht knappe Gebiet der exhibitorischen Interdikte, so ergibt sich erst recht, daß ein solches Interdikt unmöglich ist. Bei dem Interdikt de liberto exhibendo handelt es sich nur um eine exhibitio zum

[1]) Ne facias . . . . . neve immittas.

[2]) Inst. IV 142: principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta — aut restitutoria aut exhibitoria. Auch in dieser Fassung der Stelle (Stellung des Wortes interdicta) liegt eine feine Andeutung für die Absonderung der prohibitorischen Interdikte von den andern.

Zwecke des indicere operas (Gai. IV 162), bei dem Interdikt de tabulis exhibendis lediglich um Gewährung der Einsichtnahme in das Testament.[1]) Bei den Interdikten de liberis exhibendis und de uxore exhibenda greifen besondere Interdikte, de liberis ducendis und de uxore ducenda für die Wegführung der gewaltunterworfenen Personen ein.[2]) Beim interdictum de homine libero exhibendo schließlich kann von einer Restitution überhaupt keine Rede sein. Somit scheiden exhibitorisch-restitutorische Interdikte für den Begriff der interdicta mixta vollkommen aus; um so besser, wenn unser Text von ihnen nicht spricht. Hingegen werden darin als interdicta mixta prohibitorisch-exhibitorische Interdikte bezeichnet. Aber auch solche Interdikte erscheinen unmöglich[3]), einerseits vom rein formellen Standpunkt aus, da man sich ein Interdikt mit 'exhibeas' und 'vim fieri veto' nicht gut vorstellen kann, andererseits die wenigen exhibitorischen Interdikte, die wir kennen, keine Anhaltspunkte für ein Verbot (veto, vim fieri veto) abgeben, indem mit der Exhibition die ediktsmäßige Pflicht des Interdizierten erschöpft wird, und es ist nicht recht einzusehen, wo ein prohibitorisches Interdikt einsetzen soll.[4])

11. Die Schwierigkeiten, die die im Florentina-Text als interdicta mixta hingestellten prohibitorisch-exhibitorischen Interdikte bieten, entgingen nicht der Aufmerksamkeit der

---

[1]) Vgl. Berger, Interdictum, VI, nr. 26. [2]) Unrichtig Chauvin a. a. O. S. 38, der das interdictum de liberis exhibendis als exhibitorisch-restitutorisch auffaßt. [3]) An ihre Existenz wie an die Bezeichnung mixta glaubt noch Levy a. a. O. S. 141.

[4]) Cujaz, Observ. IV 11 Ed. Nap. 1722 III 96C, wollte allerdings im Interdikt de liberis ducendis (D. XLIII, 30, 3 pr.) ein prohibitorisch-exhibitorisches Interdikt sehen. Doch läßt der § 1 eod. keinen Zweifel darüber, daß es sich hier um zwei Interdikte handelt, von denen das erste exhibitorisch ist und zur Vorbereitung des zweiten, das prohibitorisch ist, dient. Vgl. Schmidt a. a. O. 73; Machelard, Théorie générale des interdits (1864) 25; Dore, Studi sugli interdetti I (1892) 87[1]. Vgl. auch Lenel, Ed.[2] § 262. — Auch Karlowa a. a. O. II 1010 drückt einen ähnlichen Gedanken aus, ohne sich bewußt zu sein, in Cujaz einen Vorgänger zu haben. ('Denken ließe sich nun, daß ein Interdikt zugunsten des Gewalthabers bezüglich seiner Kinder, gemischt je nach der Verschiedenheit der Sachlage auf "exhibeas" und auf "quominus ducere liceat vim fieri veto" lautete.')

älteren Pandektisten. Man versuchte daher den Text durch eine geschickte Emendation zu retten. Schon Smallenburg (s. Schulting, Notae ad Pand. ad h. l.) schlug vor, an Stelle des 'exhibitoria' 'restitutoria' zu lesen; diesem Vorschlag folgte man einstimmig[1]) und schuf auf diese Weise die Kategorie prohibitorisch-restitutorischer Interdikte, die als interdicta mixta zu bezeichnen wären und für die man sogar anderweitig Belege zu finden glaubte, ohne die unüberwindlichen Schwierigkeiten zu beachten, die sich einer solchen Kategorie prohibitorisch-restitutorischer Interdikte entgegenstellen.[2]) Die erwähnten Belege glaubte man in Dig. XLIII, 20, 1, 1 und XLIII, 4, 3, 2 zu haben, und da gerade beide Fragmente aus Ulpians Hand stammen, so nannte man ihn glatt den Erfinder der interdicta mixta.[3]) Man übersah dabei freilich, daß in der Interdiktenlehre der Umstand, daß zwei Fragmente gerade von Ulpian stammen, nichts zu sagen hat, weil fast neun Zehntel des ganzen XLIII. Digestenbuches auf Ulpians Ediktskommentar fallen und daher der Umstand, daß nur Ulpian von einer neuen Interdiktenkategorie spricht, völlig bedeutungslos ist. Wir kommen auf die beiden Stellen, derentwegen die interdicta mixta bisher unangefochten blieben, unten unter Nr. 14, 15 zurück.

---

[1]) Vgl. Schmidt a. a. O. 74; Machelard a. a. O. 25; Bethmann-Hollweg, Zivilpr. II (1865) 351[32]; Buonamici, Storia della procedura civile romana I (1886) 437[58] (mißverstanden von Dore a. a. O. 91[3] a. E.); Ubbelohde a. a. O. I 270[72]; Karlowá a. a. O. II 1010; Lenel, Paling. Ulp. 1459[3]. — Krasser Widerspruch bei Cuq, Institutions II, der einmal (S. 871[2]) dem Begriff interdicta mixta exhibitorisch-prohibitorische Interdikte unterstellt, ein anderes Mal (S. 710[6]) in bezug auf denselben Text von restitutorisch-prohibitorischen Interdikten spricht.

[2]) S. unten Nr. 12.

[3]) So Ubbelohde a. a. O. I 270, wobei er ihm freilich den Vorwurf macht, 'wenig geschickt' zu sein, da die prohibitorische Natur auf der Fassung der betreffenden Interdikte, die restitutorische auf ihrer Wirkung beruhe. — Interessant ist es zu sehen, wie Karlowa a. a. O. II 1010, der Schwierigkeit entgeht, daß es keinen direkten Beleg für die interdicta mixta gibt: 'Daß wir von den interdicta mixta keine Spur finden, ist noch kein Grund, gegen Ulpians Angabe mißtrauisch zu machen und von einer Erfindung seinerseits (sic!) zu sprechen.' Heutzutage werden freilich solche Erscheinungen anders bewertet.

12. Meiner Ansicht nach war die Kategorie der interdicta mixta den klassischen Juristen durchaus unbekannt und kam in Dig. XLIII, 1, 1, 1 erst vermittelst einer Interpolation hinein. Die Kategorie selbst mag vielleicht schon eine Schöpfung der nachklassischen Zeit sein, für einen glossemartigen Ursprung des Zusatzes in fr. 1 § 1 cit. gibt es freilich keine Indizien. Es gilt nunmehr obige Ansicht zu begründen.

Vor allem — was schon vorher bei anderer Gelegenheit betont wurde[1]) —, bietet die Vereinigung von zwei verschiedenartigen Befehlen ('restituas' und 'vim fieri veto') so große Schwierigkeiten vom formellen Standpunkte her, daß ein solch 'gemischtes' Interdikt von vornherein als ein Unding erscheint. Die restitutorischen Interdikte, die den Gegenstand der Restitution regelmäßig mit einem durch 'quod' eingeleiteten Relativsatz umschreiben, sind mit dem stereotypischen Formular der prohibitorischen Interdikte (in der Regel ein quominus-Satz) so schlecht vereinbar, daß man sich nur wundern muß, wie die bisherige Literatur sich darüber hinwegsetzte, ohne sich auch nur die Frage vorzulegen, wie denn ein solches interdictum mixtum gelautet haben mag. Ferner ist zu bemerken, daß das fr. 1 § 1 cit. das einzige ist[2]), das von den interdicta mixta spricht, vollkommenes Schweigen darüber bei Gaius[3]), desgleichen im Institutionentitel IV 15, in dem so viel klassischer Vorlage steckt, keine Spur von interdicta mixta im XLIII. Digestenbuche und in den Hunderten von Fragmenten, die außerhalb dieses Buches von den Interdikten handeln; und selbst in jenen beiden Stellen[4]), in denen man Beispiele für die prohibitorisch-restitutorischen interdicta mixta zu finden glaubte, kommt diese Bezeichnung nicht vor. Und doch könnte Gaius die bekannte Einteilung der Interdikte nicht

---

[1]) S. oben S. 202.

[2]) Das fr. Dig. XLIV, 7, 37, 1 nennt die Interdikte uti possidetis und utrubi 'actiones mixtae', doch in anderem Sinne. Wir kommen auf dieses Fragment unten S. 228 zurück. Hier genügt die Feststellung, daß dort das Wort 'mixtus' in bezug auf die Interdikte in anderem Sinne gebraucht wird, als in der l. 1 § 1 cit., was unsern Verdacht gegen die interdicta mixta dieser Stelle nur zu steigern geeignet ist.

[3]) III, 140 ff. [4]) S. oben S. 203.

'principalis' und die Institutionen Justinians sie 'summa' genannt haben, wenn sie nicht erschöpfend wäre und es neben den drei Kategorien noch eine vierte, jene der 'gemischten' Interdikte gegeben hätte.

Die Vereinigung eines prohibitorischen Interdikts mit einem restitutorischen in ein einziges Formular ergibt sich aber auch von einem andern Gesichtspunkte aus als undenkbar. Man beachte, wie scharf die prohibitorischen Interdikte von den anderen auseinandergehalten werden: aut iubet fieri aut fieri prohibet sagt Gaius Inst. IV 139[1]), und gerade auf dieser Scheidung beruht, wie wir wissen, die Unterscheidung decreta und interdicta (s. str.).[2]) Diese Absonderung der prohibitorischen Interdikte von den anderen hat aber ihren Grund nicht lediglich in der Verschiedenheit des Inhalts des prätorischen Befehls — Gebot einer positiven Handlung einerseits, Verbot andererseits —, sie ist auch durch andere Gründe geboten, bei denen Unterschiede zwischen prohibitorischen und den anderen Interdikten zur Geltung kommen. Der wichtigste liegt auf dem Gebiete des Verfahrens nach Erlaß des Interdikts. Bekanntlich kann aus einem prohibitorischen Interdikt nur per sponsionem agiert werden, während bei den anderen entweder per sponsionem oder per formulam arbitrariam prozessiert werden konnte, vgl. Gaius IV 141, Ulp. Fr. Inst. Vindob. 5. Nun wissen wir aber aus Gaius (IV 162ff.), daß bei restitutorischen und exhibitorischen Interdikten die Wahl der Verfahrensart vom Interdikten-Beklagten abhängig war. Hätte es aber prohibitorisch-restitutorische Interdikte gegeben, so wäre die Lösung der Frage, welches Verfahren nach Erlaß eines solchen Interdikts zulässig ist, gar nicht einfach: auf Grund des restitutorischen Charakters eines solchen Interdikts hätte der Beklagte die Wahl zwischen den beiden Verfahrensakten; dieses Wahlrecht müßte ihm

---

[1]) Diese beiden Grundtypen des prätorischen Befehls finden auch in den folgenden Ausführungen Gaius' starke Betonung, vgl. z. B. Inst. IV 141: cum iusserit fieri aut fieri prohibuerit; .... quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit vel an factum non sit, quod is fieri iusserit.

[2]) S. oben S. 199.

aber wegen des prohibitorischen Charakters versagt werden. Jedenfalls hätte Gaius in IV 141 erwähnen müssen, wie für die interdicta mixta die Frage geregelt wurde.

Vielleicht gab es auch in bezug auf die confessio im Interdiktenverfahren einen Unterschied zwischen den prohibitorischen und den anderen Interdikten. Die Frage ist aber sehr zweifelhaft; sie hängt von Stellungnahme zu der schwierigen Stelle Dig. XLII, 2, 6, 2, die sicher interpoliert ist, ab; doch ist man über den Umfang der Interpolation nicht einig und gerade davon hängt die Lösung der uns hier interessierenden Frage ab. Nach der von mehreren vertretenen Interpolationsannahme[1]) dürfte auch ein Unterschied auf diesem Gebiet zwischen den prohibitorischen Interdikten einerseits und den restitutorischen und exhibitorischen andererseits zu behaupten sein.

Die Scheidung der prohibitorischen Interdikte von den anderen beiden Arten findet auch in der Einteilung der Interdikte in simplicia und duplicia Ausdruck. Wie Gaius IV 157, 158[2]) zeigt, sind die restitutorischen und exhibitorischen Interdikte immer simplicia, wogegen es duplicia nur unter den prohibitorischen gibt (alia duplicia, alia simplicia sunt).

Schließlich sei noch auf den sehr charakteristischen Ausspruch der l. Dig. XLIII, 8, 2, 17 hingewiesen: quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium.

13. Nach den bisherigen Erwägungen gilt es nun, den Text selbst näher ins Auge zu fassen und auf seine sprachliche Seite hin zu prüfen.

Schon im ersten Teil des Textes gibt es Einzelheiten, die unsere Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen. Der Text spricht von tres species, während Gaius (IV 161) die Inter-

---

[1]) Vgl. P. Krüger, C.I.C. I[12]; Lenel, Paling. Ulp. 2277[5]; Pernice, Sav.-Ztschr. XIV (1893) 164; Collinet, N.R.H. XXIX (1905) 189; Giffard, ebenda S. 450; Albertario, Rivista ital. per le scienze giur. LII (1912) S. 21. — Nach Beseler, Beitr. III (1913) 71 soll die ganze Stelle interpoliert sein. — Neuestens zur Stelle Betti, Atti Acc. Torino L (1915) 706, 708[1] und Atti Ist. Ven. LXXIV (1915) 1471, der jedenfalls die Stelle nicht für durchweg interpoliert hält.

[2]) Vgl. auch Paul. Dig. XLIII, 1, 2 pr. Die Stelle ist interpoliert, s. unten S. 225.

dikteneinteilungen 'genera' nennt.[1]) Auffallender ist die Reihenfolge, in der die drei Interdiktenarten aufgezählt werden. Die exhibitorischen Interdikte werden hier durch die prohibitorischen von den restitutorischen auseinandergehalten, obwohl sie als zur Gruppe der Decreta gehörend sich wesentlich sehr nahe stehen. Wo sonst alle drei Interdiktenarten genannt werden, erscheinen die restitutorischen Interdikte immer neben den exhibitorischen, vgl. Gai. I. IV 140, 142, Inst. Iust. IV 15, 1; Paraphr. Teoph. eod.; Dig. XLII 2, 6, 2. Doch sind dies schließlich Einzelheiten ohne größeren Belang. Wichtiger ist, daß der erste Teil der Stelle von drei 'species' spricht, während es doch nach Hinzufügung der Kategorie der interdicta mixta vier gibt. Daß diese Bemerkung nicht etwa übertriebene Pedanterie ist, beweist ein Beispiel aus den Quellen, wo bei einer Einteilung, in der auch eine 'gemischte' Kategorie erscheint, dieselbe in der Zahl der Arten berücksichtigt wird: die Einteilung der 'munera' in 'personalia', 'patrimoniorum' und 'mixta'[2]) heißt 'triplex divisio'.[3]) Für unsere Stelle ist daraus der Schluß zu folgern, daß der zweite Teil nicht von dem Verfasser des ersten geschrieben worden ist.

Aber auch sonst ist der von den interdicta mixta handelnde Satz nicht ganz sauber:

sunt tamen quaedam interdicta et mixta . . .

Das 'et', an unrichtiger Stelle gesetzt, wirkt störend. Hätte Ulpian sagen wollen, es gäbe neben jenen drei Interdiktenarten noch eine vierte, die interdicta mixta, so müßte es heißen: sunt tamen et quaedam interdicta mixta. So aber, wie die Stelle sich ausdrückt, besagt sie, daß es einige Interdikte gibt, die auch gemischt sind, d. h. neben einer der drei vorhergenannten Eigenschaften noch auch die besitzen, daß sie 'mixta' sind. Das war aber sicher nicht der Gedanke, den der Verfasser der Stelle ausdrücken wollte, denn der Satz quae et rel. zeigt genau, wie er die

---

[1]) Leider habe ich nicht das Material für das Wort 'species' zur Hand, und so muß ich mich mit obiger Feststellung begnügen, ohne weitere Schlüsse daraus ziehen zu können.

[2]) Dig. L, 4, 18 pr. [3]) Vgl. auch D. eod. § 18: 'trifariam'.

interdicta mixta auffaßte. Ein an unzutreffender Stelle gesetztes 'et' wird aber hier nicht zum erstenmal in einem den Byzantinern zuzuschiebenden Satz gefunden.[1]) — Von der Unbrauchbarkeit der folgenden Worte der Florentina-Version war schon vorher die Rede.[2]) So ist auch die sprachliche Kritik der Stelle durchaus nicht zugunsten ihrer Echtheit ausgefallen.

Nun noch einige Worte über die Bezeichnung 'mixtum' selbst. Welchen inneren Wert stellt das Wort den anderen Bezeichnungen dieser Einteilung gegenüber dar? Gar keinen; während nämlich jene drei Schlagworte (prohibitorius usw.) schon durch ihren Inhalt selbst das Charakteristische des Interdikts betonen, so ist mit dem inhaltsarmen und farblosen Wort 'mixtus' nichts gesagt und nur erst durch Hinzufügung zweier anderer Bezeichnungen der 'principalis divisio', etwa 'prohibitorisch-restitutorisch', könnte das Wesen des 'gemischten' Interdikts gekennzeichnet werden.

14. Mit obigen Ausführungen, die schon an sich genügen würden, die Echtheit der Kategorie der interdicta mixta stark in Zweifel zu ziehen, sind unsere Betrachtungen, die diese Interdikte aus dem klassischen Recht verdrängen wollen, nicht zu Ende. Es gilt noch jene beiden Stellen[3]) zu untersuchen, auf die die herrschende Ansicht sich stützend treu zu den interdicta mixta hält. Wir wollen bei diesen Untersuchungen die Richtigkeit der Korrektur Smallenburgs[4]) unterstellen, da ja — wie gesagt — mit dem Florentina-Text überhaupt nichts anzufangen ist.

Die erste der beiden Stellen ist:

> Dig. XLIII, 20, 1, 1 (Ulp. l. LXX ad ed.): hoc interdictum (sc. de aqua cottidiana)[5]) prohibitorium et interdum restitutorium est et pertinet ad aquam cottidianam.

---

[1]) Ein anderes Beispiel einer sehr charakteristischen Versetzung eines 'et' s. bei Berger, Sav.-Ztschr. XXXV (1914) 46[1].

[2]) S. oben S. 202. [3]) S. oben S. 203. [4]) S. oben S. 203.

[5]) Zu diesem Interdikt vgl. Berger, Interdictum, VI, nr. 1a.

Es wird nun auf Grund dieser Stelle behauptet, daß hier unter Umständen ('interdum') der Fall eines interdictum mixtum vorliegen kann. Diese sonderbare Eigenschaft sei durch die Worte hoc anno im Formular dieses Interdikts (Dig. XLIII, 20, 1 pr.)[1]) zu erklären.[2]) Diese seien nämlich nach D. eod. 1 § 4 so aufzufassen, daß die Ausübung an einem einzigen Tag des verflossenen Jahres genüge, damit der Interdiktenpostulant mit dem Interdikt durchdringe. Nehme man nun den Fall an, er hätte gegenwärtig, zur Zeit der postulatio den Besitz nicht mehr, hätte aber mindestens einmal im letzten Jahre der Wasserleitung sich bedient, so 'bringe das Interdikt dem Impetranten eine materielle Restitution'.[3]) Auf diese Weise ist das Interdikt bisweilen restitutorisch. Ich halte diese Auffassung für verfehlt. Die Formularworte des Interdikts müssen ganz wörtlich gedeutet werden, insbesondere aber der Schlußbefehl, dem nicht willkürlich eine Tragweite unterlegt werden darf, die er nicht innehat. Wenn der Prätor 'vim fieri veto' sagt, so meint er doch damit etwas anderes als 'restituas'. Sollte nun der Interdiktengegner dem Inhalte des Interdikts zufolge verpflichtet sein, den Gebrauch des Wassers zugunsten des Interdiktspostulanten aufzugeben, etwa, weil er den Gebrauch vitiose ausgeübt, während der letztere hoc anno non vitiose aquam duxit, so liegt in dem Betragen des Beklagten keine restitutio, sondern eine Befolgung des prätorischen Verbots: er unterläßt die weitere Störung des Interdiktspostulanten im ducere aquam. Diese Unterlassung der Störung ist aber weit von einer restitutio entfernt, wenn sie auch äußerlich und vom praktischen Gesichtspunkte aus betrachtet ihr ähnlich scheint. Die restitutio hat nämlich im Gebiet des Interdiktenrechts einen viel weiteren Sinn: verbo restitutionis omnis utilitas continetur sagt Paulus in der l. Dig. L, 16, 81, die gerade

---

[1]) Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi nec clam nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto.

[2]) Vgl. Schmidt a. a. O. 65ff.; Ubbelohde a. a. O. I 271; Machelard a. a. O. S. 25; Dore a. a. O. S. 88. Vgl. auch Lenel, Ed.[2] 462.

[3]) Schmidt a. a. O. 67.

einer Untersuchung über Interdikte entnommen ist.[1]) Sehr charakteristisch ist auch die Erklärung des 'restituere' in bezug auf das interdictum fraudatorium (Dig. XXII, 1, 38, 4): verbum 'restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.[2]) Aber auch anderweitig, wo sich die Juristen mit der Restitution im Bereich des Interdiktenrechts befassen, finden wir ähnliche Aussprüche, so z. B. in Dig. XLIII, 26, 8, 4 (i. de precario: v. fr.: restitui debet in pristinam causam); XLIII, 16, 1, 31 (i. de vi: pristina causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset deiectus); XLIII, 24, 15, 7; XLII, 8, 25, 4 (Venul. l. VI interdictorum); XLII, 8, 10 §§ 19 (v. fr. res restitui debet cum sua causa) und ff. Lesen wir noch Dig. L, 16, 22 (Gaius l. IV ad ed. prov.) nach: plus est in restitutione quam in exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.[3])[4])

Daraus ergibt sich, daß das interdictum de aqua cottidiana kein restitutorisches ist und auch so niemals von einem Klassiker genannt werden konnte, weil für ihn der Begriff i. restitutorium ausschließlich auf den Befehl 'restituas' abgestellt war, den aber das Formular dieses Interdikts nicht aufweist. Dagegen konnte der byzantinische Kom-

---

[1]) Das X. Buch ad Plautium befaßt sich mit dem Interdikt ex operis novi nuntiatione, das man in der Literatur demolitorium zu nennen pflegt, vgl. Berger, Interdictum, VI, nr. 30. 31.

[2]) In D. L, 17, 173, 1 findet sich eine andere Version dieser Stelle: cum verbum 'restituas' lege invenitur, etsi non specialiter de fructibus additum est, tamen fructus sunt restituendi. Die Textvarianten stammen sicher von den Kompilatoren; insbesondere die Erwähnung der lex, wodurch der anfänglich als Interpretationsregel für die Interdikte aufgestellte Satz auf Gesetze als regula iuris ausgedehnt wurde. Vgl. auch Schmidt a. a. O. 45; Ubbelohde II 252.

[3]) Aus dem Ort, woher die Stelle entnommen ist, schließt man, daß sie sich auf die in integrum restitutio bezieht (v. Lenel, Ed.[2] 119, Paling. Gaius 97[2]). Doch zeigt nicht vielmehr der Vergleich mit der exhibitio, daß es sich hier um den bekannten Interdiktengegensatz handelt?

[4]) Wegen anderer Anwendungsgebiete des restituere vgl. D. L, 16, 35. 73. 75. 246 § 1 (die letzte Stelle bezog sich vielleicht auf die Interdikte, vgl. pr. eod. Ist der Schlußsatz von fr. 246 § 1 echt?).

pilator, für den das Interdiktsformular lediglich einen materiellen Rechtsgrundsatz darstellt, auf das Endergebnis der Klage 'quae pro interdicto exercetur' sehend und es vom praktischen Standpunkt aus bewertend, hier von einer restitutorischen Wirkung schlechthin sprechen. Er hat aber gleich erkannt, daß diese Wirkung nicht immer eintritt, sondern nur unter ganz besonderen Umständen, und fügte daher modifizierend das 'interdum' ein. Die Worte 'et interdum restitutorium' sind daher m. E. als interpoliert aufzufassen; für das klassische Recht — abgesehen von den oben (Nr. 12) angeführten Gründen — ist der Zusatz schon deshalb falsch, weil es keine Interdiktenformulare gibt, deren Schlußbefehl auswechselbar wäre. Wo für analoge Tatbestände zwei Interdikte proponiert sind, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, dann sind es eben zwei verschiedene Interdikte[1]), und nicht eines mit auswechselbarem Schlußbefehl.[2])

Ich glaube, an der Interpolation der drei Worte 'et interdum restitutorium' wird nach den obigen Ausführungen nicht zu zweifeln sein. Auf sprachliche Indizien, die diese Annahme unterstützen sollen, muß man, da es sich um einen so winzigen Zusatz handelt, von vornherein verzichten; nicht unwillkommen ist uns aber das 'interdum', das hier

[1]) Vgl. z. B. Dig. XLIII, 8, 2, 36; XLIII, 12, 1, 20; XLIII, 13, 1, 12; XLIII, 23, 1, 1; XLIII, 30, 3, 1; XLIII, 6, 1 pr. im Zusammenhang mit XLIII, 8, 2, 19; XLIII, 1, 2, 1 und XXXIX, 1, 1, 1. Hätte es eine Kategorie interdicta mixta gegeben, so würde man in allen diesen Fällen die beiden Interdikte zu einem mixtum vereint haben.

[2]) Die Interpolation mag vielleicht durch Dig. eod. 1 § 23 angeregt worden sein, u. z. durch die Worte 'in restitutionem venire'. Man mag über die Echtheit des Textes, die nicht über jeden Zweifel erhaben ist ('sciendum est'; 'praestetur per hoc interdictum' ist im Munde eines Klassikers unmöglich; ferner ist es auffallend, daß nach dem kategorischen 'illud sciendum est' eine schlichte Zustimmung 'et hoc verum puto' folgt; das kann doch unmöglich eine und dieselbe Person geschrieben haben), denken wie man will, so kann er auf jeden Fall nicht für die Begründung des interdum restitutorischen Charakters des Interdikts angerufen werden. Die Erwähnung der restitutio kann — wenn sie echt ist — nur auf das dem Interdikt nachfolgende Verfahren bezogen werden, zu dem der Interdiktenpostulant gegriffen hat, nachdem der Gegner dem Interdikt keine Folge geleistet hatte.

nicht zum erstenmal in einem interpolierten Satz erscheint[1]) und das würdig jener langen Reihe modifizierender und elastischer Redensarten, die den Kompilatoren so lieb sind, wie z. B. quodammodo[2]), nonnumquam[3]), plerumque[4]), veluti[5]), quasi[6]) angereiht werden darf.[7])[8])

15. Ebensowenig wie der vorhergehende Text vermag auch die zweite Stelle, die als Beispiel für ein interdictum mixtum angeführt wird, unsere Auffassung über diese Interdikte und die Unmöglichkeit der Vereinigung von zwei verschiedenen Befehlen in einem Interdiktsformular zu erschüttern. Der Text, um den es sich handelt, ist:

> Dig. XLIII, 4, 3, 2 (Ulp. l. LXVIII ad ed.): Praetor ventrem in possessionem mittit et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est.

Daß der Text unmöglich so in der Originalvorlage lauten konnte, sieht man auf den ersten Blick. Es gehört

---

[1]) Vgl. Heumann-Seckel, Handlex.[9] s. h. v.; Biondi, Sulla dottrina romana dell' actio arbitraria, 1911, S. 46. 83.

[2]) Vgl. Berger, Streifzüge durch das römische Sklavenrecht, Philologus 1914, S. 17[28], [29].

[3]) Vgl. Vassalli, Miscellanea critica di dir. rom. II (S.-A. aus den Annali della fac. di giurispr. Perugia 1914) S. 9.

[4]) Vgl. neuestens Berger, In tema di derelizione (S.-A. aus dem demnächst erscheinenden Band des Bull. dell' ist. di dir. rom. 1915) S. 55[1].

[5]) Vgl. Rotondi, Un nuovo esempio di innovazioni pregiustinianee (S.-A. aus den Annali della fac. di giurispr. di Perugia 1914) S. 13[3].

[6]) Vgl. die unten S. 220[3] zitierten Schriften von Albertario.

[7]) Wenn also Lenel, Ed.[2] S. 416f. auf Dig. XLIII, 20, 1, 1 bezugnehmend behauptet: 'das will bloß sagen, daß das Interdikt trotz seiner prohibitorischen Fassung auch dem Zweck der Restitution zu dienen geeignet ist', so ist demgegenüber zu bemerken, daß, um diesen Gedanken auszudrücken, Ulpian nicht den Ausdruck 'restitutorium' gebrauchen konnte, da derselbe in der Interdiktenterminologie eine fest ausgeprägte Bedeutung hat, und daß Lenels Erklärung nur für das justinianische Recht dem Text gerecht wird, wie das aus den vorhergehenden Ausführungen zu ersehen ist.

[8]) Daß der m. E. interpolierte Text nicht als Grundlage für die Herstellung eines anderen Textes dienen kann, versteht sich von selbst. Der Vorschlag Schmidts, Ztschr. f. gesch. Rwiss. XV (1850) S. 65[25] in Dig. XLIII, 23, 1, 1 für die Worte 'alterum restitutorium' 'alterum prohibitorium et interdum restitutorium' einzusetzen, ist glatt zu verwerfen.

wahrlich nicht viel Scharfsinn dazu, um die gewaltige Lücke zwischen 'mittit' und dem Folgenden aufzuspüren: worauf bezieht sich denn das 'hoc interdictum', wenn vorher von keinem Interdikt die Rede war? Schon dies allein mahnt zur Vorsicht bei Bewertung des Fragments. Doch wie steht es um den prohibitorisch-restitutorischen Charakter des Interdikts ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa erit? Sein Formular ist unbekannt[1]), ebenso wie jenes der ihm nahe verwandten Interdikte ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa (bzw. damni infecti) in possessionem missus erit[2]), doch wird allgemein[3]), und nicht ohne gute Gründe[4]), für alle diese Interdikte die prohibitorische Form angenommen. Nicht so leicht aber fällt es, den restitutorischen Charakter des Interdikts zu begründen. Schmidt[5]) erklärt ihn auf diese Weise, daß, wenn die missa vom Interdikt Gebrauch macht, nachdem sie nach Erlangung des Besitzes von demselben vertrieben worden ist, das Interdikt dann ein restitutorisches ist. Dagegen sei es rein prohibitorisch, wenn die missa zur Besitzergreifung nicht zugelassen wird. Gegen diese Deutung ist zunächst derselbe Einwand zu erheben, den wir gegen die Deutung der l. Dig. XLIII 20, 1, 1 machten[6]): der Befehl 'vim fieri veto' enthält keine Restitutionsanordnung, sondern legt dem Gegner nur die Pflicht auf, sich der Besitzstörung der missa zu enthalten. Andererseits wissen wir, da das Formular des Interdikts nicht überliefert ist, durchaus nicht mit Sicherheit, ob das Interdikt auch für den Fall zuständig war, wenn die in den Besitz eingewiesene missa aus demselben vertrieben worden ist. Diese Behauptung Schmidts stützt sich auf eine vollständige Gleichstellung des Inter-

---

[1]) Versuch einer Rekonstruktion bei Schmidt a. a. O. S. 68.

[2]) Vgl. Lenel, Ed.[2] §§ 230. 231. 246; Berger, Interdictum, VI, nr. 40.

[3]) Vgl. Lenel, Ed.[2] S. 439.

[4]) Der Digestentitel XLIII, 4, der sich mit diesen Interdikten befaßt, trägt die Rubrik: ne vis fiat ei usw. Für das Interdikt ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus erit bezeugen die Schlußworte des fr. Dig. XLIII, 4, 4 pr. ('ne vis ei fiat') direkt den prohibitorischen Charakter (vim fieri veto) dieses Interdikts, vgl. Schmidt a. a. O. 68[52].

[5]) A. a. O. 68. [6]) S. oben S. 209.

dikts mit der parallelen actio in factum, eine Gleichstellung, die in den Quellen nicht ausdrücklich belegt erscheint.[1]) Diesem Argument, das an sich schon nicht unerschütterlich ist, sind aber andere Quellenaussprüche gegenüberzustellen, die sich zwar nicht direkt auf unser Interdikt beziehen, wohl aber auf ein anderes aus derselben Gruppe, und zwar das interdictum ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum nomine in possessionem missus erit, so daß Analogieschlüsse hier ohne weiteres zulässig sind.[2]) Nun sagt aber Dig. XXXVI, 4, 5, 27 in bezug auf dieses letztgenannte Interdikt: missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum. In derselben Weise drücken sich zwei andere Stellen aus: Dig. XLIII, 4, 3 pr. (si quis missus fuerit in possessionem . . . et non admittatur) und § 1 eod.[3]) (v. fr. si . . . non admittatur). Diese Aussprüche berühren aber nicht den Fall, daß der missus den Besitz bereits erlangt, und die mehrfache Betonung durch das Präsens 'admittatur' weist eben darauf hin, daß hier jener Fall, für den Schmidt die restitutorische Wirkung annehmen möchte, ausgeschlossen erscheint. Und dies wäre nichts Auffallendes: kennt doch das klassische Recht Interdikte, die nur für die Störung in der Erlangung des Besitzes aufgestellt sind, nicht aber für die Vertreibung aus dem einmal erlangten Besitz: es sind dies die Interdikte adipiscendae possessionis (vgl. Gai. Inst. IV 144 i. f.), wie z. B. das interdictum possessorium oder sectorium.[4])

So wird man sich denn auf Dig. XLIII, 4, 3, 2 als Beweismittel für die Kategorie der interdicta mixta nicht stützen dürfen; wie die Bezeichnung des Interdikts als restitutorium in die Stelle hineingekommen ist, mag bei

---

[1]) Schmidt beruft sich insbesondere auf die stark verderbte l. D. XLIII, 4, 1, 3, die aber nur von der actio in factum spricht.

[2]) Es ist beachtenswert, daß das Interdikt der missa in possessionem ventris nomine nur ein einziges Mal in den Quellen erwähnt wird und gerade in unserem verstümmelten Text D. XLIII, 4, 3, 2.

[3]) Stark interpoliert.

[4]) Vgl. Gai. Inst. IV 145, 146 und Berger, Interdictum, VI, nr. 41. 50.

dem traurigen Zustand der Stelle[1]) dahingestellt bleiben, jedenfalls ist die Vereinigung prohibitorium et restitutorium nicht klassisch.[2])

16. Außer den soeben betrachteten Stellen gibt es sonst keine einzige, die von prohibitorisch-restitutorischen Interdikten spräche, und dies ist sehr beachtenswert, weil doch von demselben Standpunkt aus, von dem das Interdikt de aqua cottidiana nach herrschender Auffassung als 'interdum' restitutorisch bezeichnet wurde[3]), auch das interdictum de itinere actuque privato, welches in seiner Struktur und den bei ihm geforderten Voraussetzungen jenem de aqua cottidiana ähnlich ist, vgl. Dig. XLIII, 19, 1 pr. § 2. Und doch nennt es § 1 der l. 1 cit. einfach 'prohibitorium'.[4]) Andererseits müßten die beiden anderen Interdikte, die den missi in possessionem legatorum und damni infecti nomine gewährt werden, ebenfalls als prohibitorisch-restitutorisch bezeichnet werden, wenn die l. Dig. XLIII, 4, 3, 2 echt wäre.[5]) Und doch ist dies nicht der Fall. Und das interdictum utrubi, das unbestrittenerweise unter Umständen — insbesondere, wenn der Besitzer zur Zeit des Interdiktenerlasses nicht eben derjenige ist, der durch den größeren Teil des Jahres besaß — zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes führen konnte[6]), hätte füglich als ein Interdikt von gemischtem Charakter bezeichnet werden können. Freilich dürften wir nicht eine diesbezügliche Äußerung in den Di-

[1]) S. oben S. 212/3.

[2]) Es sei hier noch bemerkt, daß Karlowa a. a. O. II S. 510. 1009 für beide Fälle, sowohl des Interdikts de aqua cottidiana (s. oben Nr. 14), wie auch der drei Interdikte zugunsten der missi in possessionem, zwei Interdikte annimmt: ein prohibitorisches und ein restitutorisches, die im Einzelfall je nach den Umständen angewandt werden. Bei dieser Annahme verschwindet jedoch der Begriff des interdictum mixtum. Gegen die Annahme Karlowas ist aber noch zu bemerken, daß die Quellen dort, wo zwei Interdikte für ähnliche Tatbestände proponiert sind, dies ausdrücklich betonen, vgl. die oben S. 211[1] genannten Stellen.

[3]) S. oben Abs. 14.

[4]) Vgl. Schmidt a. a. O. 69[55]. Wegen des interdictum de loco publico fruendo (D. XLIII, 9, 1 pr.) vgl. Schmidt a. a. O. und Ubbelohde a. a. O. IV (1893) S. 288.

[5]) S. oben Abs. 15.

[6]) Vgl. Pflüger, Besitzklagen (1890) S. 99ff.

gesten erwarten, nachdem das auf dieses Interdikt bezugnehmende Material wegen der justinianischen Neuerungen auf diesem Gebiet[1]) sehr spärlich in die Digesten aufgenommen wurde, aber Gaius, dem wir so manches für die Kenntnis dieses Interdikts verdanken, hätte dies nicht verschweigen können, wenn man es in klassischer Zeit als prohibitorisch-restitutorisch aufgefaßt hätte. Und schließlich das Interdikt uti possidetis, das durch den Mechanismus der exceptio vitiosae possessionis ebenfalls einem interdictum recuperandae possessionis näher gerückt wurde[2]), hätte auch als restitutorisch bezeichnet werden müssen für den Fall, daß der Besitzer zur Zeit des Interdiktenerlasses ein vitiosus possessor war. Und doch ist davon in den Quellen nicht nur keine Spur zu finden, sondern das Interdikt wird schlankweg als prohibitorium bezeichnet (vgl. Dig. XLIII, 17, 1, 1). Dies alles spricht nur dafür, daß die in der Literatur für die angeblichen prohibitorisch-restitutorischen Interdikte gegebene Erklärung unzutreffend ist.[3])

17. Fassen wir die Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen ins Auge, so erscheint zwingend die Annahme, daß sowohl die Bezeichnung selbst als auch die Kategorie

---

[1]) Vgl. D. XLIII, 31, 1, 1 und Inst. Iust. IV 15, 4a.

[2]) Vgl. aber Ubbelohde a. a. O. V 425ff.

[3]) Karlowa a. a. O. II 1009 wollte in dem interdictum secundarium (Gai. Inst. IV 170) ein interdictum mixtum im Sinne des fr. D. XLIII, 1, 1, 1 sehen. Er faßt dieses Interdikt als ein Interdikt, das zwei Befehle für verschiedene Tatbestände enthalte. 'Der prätorische Befehl lautet für den Fall, daß der Impetrat besitze, auf *restituas*, für den Fall, daß er nicht besitze, auf *illi possidenti vim fieri veto*'. Die Auffassung ist nicht richtig: man muß vielmehr zwei verschiedene Interdikte annehmen, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, und deshalb sagt Gaius IV 170: praetor comparavit interdicta, quae secundaria appellamus. Diese Auffassung ist jetzt die herrschende, vgl. Bekker, Aktionen II (1873) 54; Demelius, Confessio (1880) S. 170f.; Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1891) 131ff. Karlowas Zweifel kommen daher, daß es zweifelhaft sein konnte, wer zur Zeit des Erlasses des interdictum secundarium Besitzer sei. Dem konnte aber leicht abgeholfen werden: der Prätor erließ eben jenes sekundäre Interdikt, das den Behauptungen des Postulanten in bezug auf den Besitz entsprach. Im übrigen wissen wir über die Struktur der interdicta secundaria so wenig, daß es müßig wäre, über ihre 'gemischte' Natur Worte zu verlieren.

der interdicta mixta dem klassischen Recht fremd war. Dafür spricht neben allgemeinen Erwägungen über das Wesen des Interdikts der Stand der Quellen, wie auch die Prüfung der beiden Stellen, wo von prohibitorisch-restitutorischen Interdikten die Rede ist, ohne jedoch, daß sie 'mixta' genannt wären. Und gerade dieser letzte Umstand bildet eine glänzende Bestätigung unserer Auffassung, denn hätte die Bezeichnung interdictum mixtum als technisch existiert, so müßte sie doch in jenen beiden Stellen vorkommen. Und umgekehrt muß wieder auffallend erscheinen, daß in dem fr. Dig. XLIII, 1, 1, 1, wo von den interdicta mixta die Rede ist, nicht einmal ein Beispiel für diese Interdiktenkategorie angeführt wird, obwohl es in den benachbarten Texten (pr. und § 2 des fr. 1 cit.) von Beispielen wimmelt.[1])

Die Frage, ob die Schöpfung der interdicta mixta nachklassischen oder justinianischen (kompilatorischen) Ursprungs ist, muß offen bleiben, das letztere ist vielleicht mit Rücksicht auf die Vorliebe Justinians für 'gemischte' Kategorien wahrscheinlicher. Denn es ist hier nicht das erstemal, daß die Byzantiner neue Gebilde mit dem Beiwort 'mixtus' einführen. In der Lehre von den Bedingungen hatte Justinian die *condicio mixta* eingeführt, vgl. Cod. Iust. VI 51, 1, 7. In Cod. VIII 37, 13 pr. unterscheidet er: . . . omnem stipulationem sive in dando sive in faciendo sive *mixta* ex dando et faciendo inveniatur. Die Unterscheidung *imperium merum* – *mixtum* wurde in letzter Zeit von Beseler[2]) in Zweifel gezogen; ihm stimmte dann Kübler[3]) zu, und in der Tat scheint Beseler hier das Richtige erkannt zu haben. Über die *munera mixta* (Dig. L, 4, 18 pr. §§ 26. 27. 28) kann ich mich hier nicht aufhalten; sie sind einer Spezialuntersuchung wert. Nur soll hier

---

[1]) Die Bemerkung Schmidts a. a. O. S. 73[56], die Kompilatoren hätten die Beispiele gestrichen, weil sie für die justinianische Zeit veraltet waren, stellt die Sache auf den Kopf.

[2]) Beiträge zur Kritik III (1913) S. 137.

[3]) Berl. phil. Woch. 1914, 1257. – An die Klassizität des imperium mixtum glaubt noch Steinwenter, Art. Jurisdictio in Pauly-Wissowas Realenz. IX.

darauf hingewiesen werden, daß das fr. 18 cit. von Arcadius Charisius stammt, der nicht mehr zu den klassischen Juristen gezählt wird.[1])

Eine wahre Schwäche für die Bezeichnung 'mixtus' zeigen die Kompilatoren Justinians in der Klassifizierung der actiones: da finden wir den Terminus *actiones mixtae* gleich in drei verschiedenen Bedeutungen. Ex professo handeln sie von den actiones mixtae in dem bekannten Institutionentitel De actionibus (IV 6) in den §§ 16ff. Da heißen 'actiones mixtae' zunächst die Aktionen 'tam poenae quam rei persequendae causa comparatae'. Obwohl der Institutionenredaktor sich länger mit diesen actiones mixtae befaßt (§§ 16—19 eod.), hindert ihn dies nicht, gleich nachher (§ 20 eod.) von actiones, quae *mixtam* causam optinere videntur: tam in rem quam in personam. Das drittemal erscheinen die *actiones mixtae* in Dig. XLIV, 7, 37, 1[2]), wo mit diesem Namen jene Klagen bezeichnet werden, in welchen uterque actor est. Daß alle diese Bezeichnungen nicht klassischen Ursprungs sein können, ist klar, und es ist daher zweifellos, daß sie zum größten Teil von den Kompilatoren stammen. Vielleicht sind sie sogar alle — und wenn sie sich noch irgendwo vorfinden sollten[3]) — byzantinisch. Ich bin aber durchaus nicht der erste, der an diesen Aktionenbezeichnungen Anstoß nimmt. Zuerst wurden die actiones mixtae tam poenae quam rei persequendae causa comparatae von Cuq[4]) in Verdacht gezogen.[5]) Die actiones, quae mixtam causam habent, tam in rem quam in personam, wurden von Audibert[6]) und Arangio-Ruiz[7]) als byzantinisch bezeichnet und schließlich die actiones mixtae, in quibus uterque actor est, für die die

---

[1]) Vgl. P. Krüger, Gesch.[2] S. 255. [2]) Vgl. zur Stelle unten S. 227.

[3]) Wie z. B. in Cod. Iust. III 31, 7. Vgl. dazu Arangio-Ruiz, Riv. ital. per le sc. giur. LII (1912) S. 238 und P. Krüger, C.I.C. II[9] (1915). — Leider habe ich nicht das vollständige Material zur Verfügung.

[4]) Institutions II (1902) 871. An die Echtheit der Bezeichnung scheinen noch Siber, Passivlegitimation (1907) S. 171, 190 und Beseler Beiträge II (1911) 71 zu glauben. [Vgl. jetzt Levy a. a. O. S. 140f. Korr.-Nachtr.] [5]) Die actio mixta der Inst. Just. IV 6, 19 ist schon längst als justinianisch erkannt worden, vgl. P. Krügers Edition.

[6]) N.R.H. XXVIII (1904) S. 696. [7]) A. a. O. S. 237f.

Klassiker die Bezeichnung actiones duplices gebrauchten, wurden von Albertario[1]) als kompilatorische Schöpfung erkannt. Albertario bezeichnet schon ganz entschieden alle Arten der actiones mixtae als justinianisch.[2])

Unser Ergebnis über die interdicta mixta vervollkommnet dieses Bild der justinianischen mixta-Schöpfungen aufs beste und gewinnt in dieser Übersicht nur eine willkommene Unterstützung.

18. Obwohl im Lichte anderer justinianischer mixta-Bildungen jeder Zweifel gegen die hier vorgetragene Auffassung benommen wird, so darf jedoch eine Frage nicht umgangen werden, die bei jedem wichtigeren Interpolationsnachweis zu stellen ist: wie kamen die Kompilatoren dazu, dieses neue Gebilde der interdicta mixta zu kreieren?

Ich glaube, die Beantwortung der Frage bereite keine allzugroßen Schwierigkeiten, wenn man die Stellung der Interdikte im justinianischen Recht und Prozeß in Betracht zieht. Während der klassische Jurist zwischen dem Interdikt selbst und dem ihm nachfolgenden Verfahren[3]) scharf unterscheidet, kann der Byzantiner, wenn er vom Interdikt spricht, nur an die Klage, 'quae pro interdicto exercetur'[4]) denken. Von dem früheren magistratischen Befehl ist jetzt keine Rede mehr, das ediktale Interdiktenformular ist jetzt nur in dem ihm zugrunde liegenden materiellen Rechtsgrundsatz in Geltung, und von diesem Gesichtspunkt aus ist die auf der Formulierung des Interdiktenbefehls[5]) aufgebaute Einteilung in prohibitorische und andere Interdikte nur eine Erinnerung an das klassische Recht. 'De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere'.[6]) Und diese Gedanken schwebten wohl dem justinianischen Kompilator vor, als er jene Einteilung aus Ulpians Edikts-

---

[1]) Vgl. die unten S. 228[4] zitierten Schriften.

[2]) Bull. dell' ist. XXVI (1914) 95. Von Albertario wird auch eine Spezialuntersuchung über die actiones mixtae versprochen. Vgl. Bull. dell' ist. XXV (1913) S. 14[1] und XXVI (1914) S. 94[5].

[3]) Das nur eventuell ist: es greift da Platz, wo der Interdiktenbeklagte dem prätorischen Befehle keine Folge geleistet.

[4]) Inst. Iust. IV 15 pr. [5]) S. oben S. 199f.

[6]) Inst. Iust. IV 15, 8.

kommentar für die Digesten abschrieb, und da mußte er gleich an die praktische Wirkung denken, die eine actio ex causa interdicti[1]) haben kann, welche oft zu einer Restitution führt, auch wenn sie aus einem prohibitorischen Interdikt hervorgegangen. So ist es gut erklärlich, daß er aus solchen prohibitorisch-restitutorischen Interdikten eine neue Kategorie bildet, für die er die Bezeichnung 'interdicta mixta' festlegt. Daß die Wahl gerade auf 'mixtus' fiel, ist nach den vorhergehenden Ausführungen[2]) durchaus nicht verwunderlich. In die juristische Denkungsart der Byzantiner paßte dieses farblose Wort, das nur den 'gemischten' Charakter eines Instituts betont, ohne aber zu sagen, welche Eigenschaften 'gemischt' erscheinen, so recht hinein. Das Wort 'mixtus' ist ein würdiges Seitenstück jener elastischen und dehnbaren Begriffe, an denen die Kompilatoren mit so viel Liebe hingen und von denen sie bei ihren gesetzgeberischen und doktrinalen Neubildungen so ausgiebig Gebrauch machten; es genügt an die neuen 'quasi'-Konstruktionen und -Schöpfungen zu erinnern.[3])

Wie dehnbar das Wort 'mixtus' ist, beweist glänzend die Verwirrung, welche es gerade in bezug auf die 'interdicta mixta' in der Literatur angerichtet hat. Es wird auf verschiedene Arten von Interdikten in einem den klassischen Quellen durchaus fremden Sinne angewandt und trägt so in das römische Recht Begriffe hinein, die ihm völlig unbekannt waren. Es ist fast unglaublich, wie umfangreich die Reihe dieser Abirrungen ist; ich nehme auch keine Verantwortlichkeit für ihre Vollständigkeit an, im übrigen dürfte die folgende Überschau genügen, da sie fast alle möglichen Kombinationen enthält.

---

[1]) Vgl. Inst. Iust. IV 15, 8. [2]) Oben S. 217f.

[3]) Diesen widmete Albertario besondere Aufmerksamkeit, vgl. dessen Actio quasi institoria (1912) S. 33f.; Bull. dell' ist. XXV (1913) 14; Lo svolgimento storico dell' actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale (1913) S. 4, 20; Di nuovo sul Glossema in Gaio IV 139 (S.-A. aus Filangieri 1914) S. 12f. Vgl. auch Segrè, Mélanges P. F. Girard II (1912) 532f.; Solazzi, Bull. dell' ist. XXV (1913) S. 112f.; Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sog. actio quasi institoria (S.-A. aus Festschr. für Zitelmann 1913) S. 5.

Schmidt[1]) wendet die Bezeichnung interdictum mixtum[2]) für ein Popular-Interdikt an, mit dem auch ein persönliches Interesse des Klägers zugleich verfolgt wird, also mixtum im Sinne von populare et privatum. In den Quellen ist davon keine Spur zu finden.

Keller[3]) gebraucht den Terminus interdictum mixtum sogar in zweifachem Sinne. Einmal[4]) fallen unter diesen Begriff — mit ausdrücklichem Hinweis auf unsere Stelle — jene Interdiktenfälle, wo 'sich mit einem prohibitorischen ein restitutorisches oder exhibitorisches Interdikt paart'. Was er darunter versteht, ergibt sich aus den daselbst zitierten Stellen. Es werden da nicht nur jene zwei Interdikte genannt, für die Aussprüche über ihre prohibitorisch-restitutorische Natur vorliegen[5]), sondern es werden auch jene Fälle aufgezählt, von denen wir bestimmt wissen, daß es zwei verschiedene Interdikte für ähnliche Tatbestände gab (ad eadem causam pertinent), ein prohibitorisches und ein restitutorisches.[6]) Es ist daher grundfalsch, hier von interdicta mixta sprechen zu wollen. Aus demselben Grunde muß auch die Auffassung Kellers, es gäbe ein interdictum mixtum zum Schutze der patria potestas (Dig. XLIII, 30, 1 pr. und 3 pr.) glatt abgelehnt werden, denn auch hier liegen zwei Interdikte vor, de liberis exhibendis und de liberis ducendis, wie Dig. XLIII, 30, 3, 1 mit einer Klarheit, die nichts zu wünschen übrigläßt, auseinandersetzt.[7]) — Das andere Mal[8]) nennt Keller wiederum als interdicta mixta jene Interdikte, die wir als tam reciperandae quam adipiscendae possessionis kennen, Ulp. Frag. Inst. Vindob. 4. Diese Interdikte werden aber in den Quellen nie interdicta

---

[1]) A. a. O. S. 129[11].

[2]) Wohl spricht Schmidt a. a. O. von einer actio mixta, doch zielen seine Ausführungen darauf ab, für eine analoge Kategorie von Interdikten vorzubereiten, vgl. a. a. O. S. 134/5, insbesondere S. 135[23] im Zusammenhang mit S. 129[11].

[3]) Zivilpr. 6. Aufl. von Wach, 1883. [4]) S. 376 Anm. 867.

[5]) S. oben Nr. 14, 15. [6]) Diese Fälle wurden oben S. 211[1] genannt.

[7]) Vgl. oben S. 202[4]. Sehr willkommen ist uns hier die Bemerkung Kellers: 'man könnte diese Interdikte ebensogut duplicia nennen'. Wir kommen darauf noch unten S. 227 bei N. 2 zurück.

[8]) A. a. O. S. 377 Anm. 870.

mixta genannt. Wohl nannten sie die Kompilatoren einmal 'duplicia' Dig. XLIII, 1, 2, 3 i. f. — das will ich in der nächsten (IV) Miszelle beweisen — aber mixta nannten sie sie nicht, eben deshalb, weil sie diesen Ausdruck schon für eine andere Interdiktenkategorie (Dig. XLIII, 1, 1, 1) verwendet haben. Trotzdem hat sich die Bezeichnung interdicta mixta für die interdicta tam adipiscendae quam recuperandae possessionis in der Literatur eingebürgert, obwohl sie quellenwidrig ist: so werden sie sogar von Lenel[1]) genannt, und neuestens spricht Bertolini[2]) von '*interdetti possessori misti* nel senso di adipiscendae et recuperandae possessionis'.

IV.

Die interdicta duplicia des fr. D. XLIII, 1, 2, 3.

19. Auch die l. 2 § 3 des Digestentitels XLIII, 1 gibt zu einigen kritischen Bemerkungen Anlaß. Paulus befaßt sich da mit der bekannten Unterscheidung der Interdikte in adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis (sc. causa comparata, vgl. Gai. Inst. IV 142). Es erübrigt sich, hier den umfangreichen Text in extenso wiederzugeben, da unsere Betrachtungen lediglich den Schlußsatz betreffen. Doch sind schon im Vordersatz zwei Interpolationen mit Sicherheit festzustellen, die, da sie bisher unbemerkt blieben, doch einige Worte verdienen.

Für die interdicta adipiscendae possessionis führt Gaius IV 143ff. einige Beispiele an. Nicht alle finden sich bei Paulus wieder. Es wäre müßig, sich darüber aufzuhalten, ob Paulus in 2 § 3 cit. auch das interdictum possessorium (vgl. G. IV 145) und das i. sectorium (vgl. G. IV 146) genannt habe, die Kompilatoren hätten sie nicht stehenlassen können, da sie dem justinianischen Recht fremd sind. Interessant ist es aber zu sehen, wie die Kompilatoren die Erwähnung des interdictum Salvianum, das Paulus als Beispiel anführte, hergerichtet haben. Während es bei Gaius IV 147 heißt, das interdictum Salvianum diene dem Grundstückseigentümer de rebus coloni, quas is pro mer-

[1]) Ed.[2] S. 45. [2]) Processo civile III (1915) S. 78f.

cedibus fundi pignori futuras pepigisset, sagt die Paulusstelle:

> Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est.

Die Interpolation ist augenscheinlich. So farblos ('de pignoribus'!) konnte sich der klassische Jurist nicht ausgedrückt haben; hingegen war die Interpolation vom Standpunkt der Kompilatoren aus notwendig, um die erweiterte Funktion des interdictum Salvianum, die es im justinianischen Recht annahm[1]), durch eine dehnbarere Redensart dem Text zu unterstellen. Paulus hatte wohl das Wesen des salvianischen Interdikts durch ähnliche Worte, wie Gaius, umschrieben:

Eine weitere, nicht minder charakteristische Interpolation in unserem Text ist die Streichung des interdictum utrubi im Satz:

> retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis.

Man sagt nicht '*sunt* interdicta', wenn man nur ein einziges nennen will. Über die Interpolation kann kein Zweifel bestehen, wenn man Gai. Inst. IV 148 und Paul. Sent. V 6, 1 zum Vergleich heranzieht. Das neben dem interdictum uti possidetis genannte Interdikt konnte nur 'utrubi' sein. Für die Streichung, die die Kompilatoren auch an anderen Stellen durchführten[2]), gab es gute Gründe: durch die Gleichstellung der beiden Interdikte im justinianischen Recht (vgl. Dig. XLIII, 31, 1, 1; Inst. Iust. IV 15, 4a), verschwand das interdictum utrubi vollkommen.

20. Auf den soeben betrachteten Ausspruch der l. Dig. XLIII, 1, 2, 3 folgt ein weiterer — es ist der Schlußsatz des Fragments —, der hier näher untersucht werden soll. Es heißt da:

> sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Daß der Text verstümmelt ist, sieht man auf den ersten Blick. Mommsen versuchte mit einer Emendation

---

[1]) Darüber hat uns Lenel, Ed.[2] § 266 genügend aufgeklärt.

[2]) So in D. XLIII, 1, 2 pr. (s. gleich unten S. 225); 1 pr. i. f. eod.

zu helfen: retinendae possessionis sunt interdicta ut 'uti possidetis'[1]), quae sunt, ut diximus, duplicia. Sunt etiam interdicta duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis.

Meines Erachtens ist der Text interpoliert. Der Beweis läßt sich mit solchen Mitteln erbringen, daß obige Behauptung mehr als nur reine Hypothese ist. Denn es kann einerseits gezeigt werden, daß der ursprüngliche Text unmöglich das ausdrücken konnte, was der Digestentext enthält — auch mit der Mommsenschen Korrektur —, andererseits kann die Rekonstruktion des klassischen Textes auf solch solider Basis aufgebaut werden, daß — wie ich zu zeigen hoffe — jeder Zweifel unbegründet wäre.

21. Zunächst ist zu zeigen, daß der echte Paulus-Text nicht so lauten konnte, wie er in den Digesten wiedergegeben ist. Von den interdicta duplicia als interdicta tam reciperandae quam apiscendae possessionis war vorher nicht die Rede und deshalb sind die Worte 'ut diximus' falsch. Und es konnte auch nicht von solchen Interdikten als duplicia etwa in einem gestrichenen Stück die Rede gewesen sein, weil wir aus Gaius IV 157 sehr gut wissen, daß die interdicta duplicia ganz andere Interdikte sind[2]):

> Simplicia sunt (sc. interdicta), veluti[3]) in quibus alter actor, alter reus est . . .

Die anderen heißen aber duplicia, weil (IV 160):

> par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.

Die Beispiele, die Gaius anführt, und seine folgenden Ausführungen erklären das Wesen der interdicta duplicia

[1]) Dagegen ist dasselbe einzuwenden, was wir vorher an dem Digestentext selbst aussetzten (s. oben S. 223).

[2]) Gegen das 'duplicia' unserer Stelle aus demselben Grunde schon Huschke, Gaius. Beiträge zur Kritik (1855) 187 Anm. 195. Um die Stelle zu heilen, schlägt er die unannehmbare Korrektur vor: quibus interdicimus dupliciter. Dagegen schon Eck, Doppelseitige Klagen (1870) S. 29 Anm. 102.

[3]) Das 'veluti' wirkt störend. Es wird daher von Huschke, Gaius. Beiträge zur Kritik 186f. gestrichen.

vorzüglich; es ist übrigens zu gut bekannt, als daß wir uns hier darüber aufhalten sollten.[1]) Wir verweisen nur auf einige Stellen, die bezeugen, daß die Erklärung, die Gaius dem Begriff duplex interdictum gibt, auch die richtige ist, vgl. Dig. XLIII, 17, 3, 1; XLIII, 18, 1, 2; XLIII, 20, 1, 26 und Inst. Iust. IV 15, 7, das wörtlich die zitierten Gaiussprüche wiedergibt. Von duplicia interdicta ist auch in einem anderen Text unseres Digestentitels die Rede:

Paul. Dig. XLIII, 1, 2 pr.: Interdictorum quaedam duplicia sunt, quaedam simplicia. Duplicia dicuntur, ut uti possidetis; simplicia sunt ea (cetera *Mo.*), veluti exhibitoria et restitutoria, item prohibitoria de arboribus caedendis et de itinere actuque.

Daß die Kompilatoren dem Text ihre Aufmerksamkeit geschenkt haben, zeigt die zweifellose Streichung des interdictum utrubi neben dem uti possidetis (dicuntur!)[2]). Auffallend ist aber, daß hier jede Erklärung der Begriffe simplicia — duplicia fehlt. Zweierlei ist möglich: entweder haben die Kompilatoren in der Stelle überhaupt keine Erklärung für duplicia gefunden[3]) und dies gab ihnen Anlaß, am Ende des Fragments (§ 3 i. f.) darauf zurückzukommen und die Duplizität in einer ganz anderen Eigenschaft mancher Interdikte zu sehen, oder sie haben eine Definition der Duplizität vorgefunden, haben sie aber eben deshalb gestrichen, um dann als duplicia eine andere Kategorie der Interdikte zu bezeichnen. Es ist schwer zu entscheiden, welche von den beiden Annahmen die wahrscheinlichere ist, sie sind beide gleich gut möglich. Sicher ist nur, daß die Bezeichnung 'duplicia' in § 3 cit. von den Kompilatoren stammt.

22. Was mag Paulus im Originaltext des fr. 2 § 3 cit. i. f. gesagt haben? Darüber gibt Ulp. Frag. Inst. Vindob. 4

[1]) An Literatur vgl. Schmidt a. a. O. S. 180ff.; P. Krüger, Kritische Versuche (1870) S. 89ff.; Eck, Doppelseitige Klagen (1870) S. 28ff. — Es ist nicht uninteressant dabei die Stellen, die sich auf die Duplizität der actiones duplices beziehen, nachzulesen; sie sind bei Berger, Zur Entwicklungsgesch. der Teilungsklagen (1912) 12[4] angeführt.

[2]) Vgl. oben S. 223.

[3]) Paulus hätte sich in diesem Falle auf reine Aufzählung von Beispielen beschränkt.

Auskunft, welches dieselbe Frage behandelt. Unter Zugrundelegung dieses Textes, glaube ich, ist der Paulus-Text folgendermaßen herzustellen[1]):

> sunt etiam quaedam interdicta tam reciperandae quam apiscendae possessionis (qualia sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem?)

Es ist wahrscheinlich, daß Paulus die Unterscheidung mit diesen Beispielen ausgestattet habe, wie es Ulpian in seinen Institutionen tat. Der byzantinische Kompilator konnte aber diese Beispiele nicht stehen lassen, da sie dem justinianischen Recht fremd waren.[2]) Was aber in dieser Rekonstruktion der Anführung der Beispiele vorangeht, stellt das Mindeste dessen dar, was der klassische Jurist gesagt haben konnte. Was haben aber daraus die Kompilatoren gemacht! Die zweischneidige Wirkung dieser Interdikte erinnert sie an die interdicta duplicia, von denen vorher im pr. die Rede war. Dieser Erinnerung geben sie Ausdruck durch die Worte 'ut diximus', mit welchen sie auf den Anfang der Stelle zurückgreifen.[3]) Diese Interdikte 'duplicia' zu nennen, ist an sich kein übler Gedanke, aber da der Terminus bereits eine andere technische Bedeutung

---

[1]) Vgl. Lenel, Paling. Paul. 745[1].

[2]) Cujaz wußte nichts von diesen Interdikten, deren Kenntnis erst die Wiener Fragmente der Institutionen Ulpians erschlossen (1835). Es ist nicht uninteressant, die Worte der Empörung zu lesen, mit der Cujaz den Text anfaßte (Observ. IV 11, Ed. Nap. 1722, Vol. III 96 B): 'Num vero quis hoc fando audivit aut quis hoc animo bene concepit, umquam dari posse interdicta tam reciperandae quam apiscendae possessionis? Non est difficile studioso omnia iuris praetorii interdicta colligere. Colligat igitur omnia, percurrat, excutiat. Unum si invenerit, quod tam ad reciperandam quam apiscendam possessionem pertineat, nolo posthac mihi credi quisquam de iuri civili affirmanti, in quo tot iam annos ita me exerceo, ut adsecutus mihi aliquam videar et docendi et interpretandi et respondendi facultatem.' Daß der Korrekturvorschlag, den Cujaz zur Heilung der Stelle macht, uns nicht befriedigen kann, versteht sich wohl nach diesem Angriff von selbst. — Gegen Cujaz schon Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rwiss. IX (1836) S. 14, wo auch andere ältere Bemühungen um den Text in Erwägung gezogen werden.

[3]) Gegen dieses 'ut diximus' schon Cujaz a. a. O. 96 A. — Ein ähnliches anfechtbares 'diximus' finden wir einige Zeilen vorher im § 2 derselben lex, vgl. oben S. 186.

innehatte, war er natürlich zu vermeiden. Durch Streichung der Übergangsworte (in unserer Rekonstruktion 'etiam quaedam') wurde der Schlußsatz dem unmittelbar vorher genannten i. uti possidetis nähergerückt, und so die Verbindung mit diesem im pr. als 'duplex' bezeichneten Interdikt hergestellt. Daß dadurch der Text inhaltlich eine Unwahrheit ausdrückte und sprachlich unhaltbar wurde, das konnte die Kompilatoren von der Umarbeitung des Textes nicht abhalten. Sie konnten diese Interdikte auch ganz gut 'mixta' nennen, doch war dies nicht mehr gut möglich, nachdem sie, wie ich im vorhergehenden Kapitel gezeigt zu haben glaube, in l. 1 § 1 D. eod. von dem Worte bereits Gebrauch gemacht haben. Was aber die Kompilatoren unterlassen haben, das tat — wie wir früher[1]) gesehen haben — die romanistische Forschung, denn können einmal — nach dem Ausspruch Kellers[2]) — die 'interdicta mixta' 'duplicia' genannt werden, warum sollten denn nicht die 'duplicia' 'mixta' bezeichnet werden können?

23. Das Ergebnis obiger Untersuchungen legt die Pflicht auf, auf Ulp. Frag. Inst. Vindob. 4 zurückzukommen und die in den Editionen geläufige Herstellung des verstümmelt erhaltenen Anfangs nachzuprüfen. Paul Krüger[3]) rekonstruiert ihn — auf l. 2 § 3 cit. stützend — folgendermaßen:

[sunt et alia] quae[dam interdicta *duplicia* tam] adipiscendae quam reciperandae possessionis.

Diesen Text haben auch andere Quellenausgaben, wie die Textes Girards und die Fontes Bavieras.[4]) Nach unseren vorherigen Betrachtungen wird das Wort 'duplicia' zu streichen sein. Das taten übrigens schon Huschke[5]) und Lenel.[6]) Nebenbei sei bemerkt, daß auch das quae[dam[7]) unsicher ist[8]), weil für die Silbe quae (que) die Wie-

---

[1]) S. oben S. 221/2. [2]) S. oben S. 221[7]. [3]) Collectio II p. 159.

[4]) Vgl. auch Bertolini a. a. O. III S. 79[1]. — In seinen kritischen Versuchen (1870) S. 167 schlug P. Krüger eine andere Ergänzung vor: quae [duplicia vocantur interdicta tam] rel. [5]) Iurispr. anteiust. von der III. Aufl. an. So auch Seckel-Kübler in der letzten Auflage.

[6]) Paling. Ulp. 1931. [7]) Oder etwa qua[edam?

[8]) Vgl. die Bemerkungen Paul Krügers, Collectio II 159 ad v. 16, wo jedoch die auf die einzelnen Buchstaben bezugnehmenden

ner Handschrift eine Abbreviatur gebraucht[1]), was obige Lesung zweifelhaft erscheinen läßt.[2])

24. Wir wollen zum Schluß auf eine Stelle verweisen, die sehr anschaulich jene Verwirrung erklärt, welche, wie wir vorher Gelegenheit hatten festzustellen[3]), die Begriffe 'mixta' und 'duplicia' in der Literatur angerichtet haben. Hier haben nämlich die Kompilatoren die klassischen actiones duplices '*mixtae*' genannt! Es ist dies

D. XLIV, 7, 37, 1 (Ulp. l. IV ad ed.): Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.

Das Wort 'mixtae' zur Bezeichnung der Klagen, in quibus uterque actor est, ist unmöglich, wie Albertario[4]) richtig gesehen hat. Denn diese actiones heißen nach klassischer Terminologie 'duplices'. Dieses Durcheinanderwerfen der Begriffe 'mixtus' und 'duplex' ist eine vorzügliche Stütze für unsere Kritik dieser elastischen Begriffe, geradeso, wie die Unstetigkeit in ihrer Anwendung in der Literatur. — An der Stelle ist aber noch manches auszusetzen: das Um-

---

Nummern zu korrigieren sind: statt 'tertia' ist 'quarta' zu lesen usf. Vgl. die Reproduktion des Cod. Vindob. bei Krüger, Kritische Versuche.

[1]) Zweimal in vier Zeilen, vgl. frg. 2 Z. 1 und 4. — Für die Siglen des Cod. Vindob. vgl. Bremer, De Dom. Ulp. Institutionibus (1863) S. 105.

[2]) Ich bemerke, daß in der ersten Reproduktion des Cod. Vindob., die Endlicher im Catalogus codicum philol. Bibl. Palat. Vindob. I (1836) Taf. III brachte, Spuren von vier Buchstaben verzeichnet sind, während jene P. Krügers in den Kritischen Versuchen fünf Buchstaben verzeichnet. — Mommsen, Ztschr. f. gesch. Rwiss. XV (1850) 373 (= Jurist. Schr. II 56) las *innu* (im 'Beiblatt zu S. 377' aber 'inu'). Daraufhin hatte Bremer a. a. O. S. 92 folgendermaßen den Text hergestellt: aut reciperandae possessionis, quo] in nu[mero est interdictum unde vi, aut tam] rel. Mommsen spricht da auch von interdicta duplicia unter Hinweis auf die l. 2 § 3 cit., vgl. a. a. O. S. 382 (= Jurist. Schr. II 63). — Wegen anderer Rekonstruktionsversuche vgl. die Ausgabe von Bremer a. a. O. [3]) Vgl. oben S. 221f.

[4]) Riv. ital. per le sc. giur. LII (1912) 41f. Bull. dell' ist. XXVI (1914) S. 95f. Gegen ihn freilich Levy a. a. O. 141, doch ohne gute Gründe.

fassen der Interdikte mit dem Namen 'actiones' ist kompilatorisch, wie dies Albertario in der hübschen Studie über 'Actio und interdictum'[1]) gezeigt hat. Es ist aber unzutreffend, deshalb die Erwähnung der Interdikte uti possidetis und utrubi den Kompilatoren zuzuschieben. Die Kompilatoren haben vielmehr — wie wir gesehen haben[2]) — fast durchweg das Interdikt utrubi, wo es neben dem Interdikt uti possidetis genannt war, gestrichen und nicht ohne gute Gründe. Wie wären sie da dazu gekommen, das interdictum utrubi durch Interpolation einzufügen? Das ist ganz ausgeschlossen. Von dieser Erwägung muß die Wiederherstellung des klassischen Texts der l. 37 § 1 cit. ausgehen. Ich stelle mir ihn beiläufig so vor: sunt etiam actiones et interdicta, in quibus uterque actor est: qualia sunt iudicia finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdicta uti possidetis, utrubi.

Die Bezeichnung dieser Klagen als duplices (bzw. duplicia)[3]) fehlte, und da fügten die Kompilatoren rasch das Adjektiv mixtus ein, das für alle nicht ganz einheitlichen Begriffe und Institute gleich gut anwendbar war.

Daß das Ergebnis dieser Miszelle über die interdicta 'duplicia' der l. D. XLIII, 1, 2, 3 i. f. jenes über die interdicta mixta der l. D. XLIII, 1, 1, 1 kräftig unterstützt, ist nicht zu verkennen.

---

[1]) In der neuen, erweiterten Bearbeitung des Themas in der Riv. ital. per le sc. giur. LII (1912). Manche Stellen sind ihm freilich entgangen, wie D. XLIII, 24, 5, 11; Paul. Sent. V 6, 10.

[2]) Vgl. oben S. 223.

[3]) Vielleicht gerade deshalb, da es sich um zwei verschiedene genera handelt, war die Formulierung nicht leicht.

VI.

Erzrichter und Chrematisten.

Untersuchungen zum Mahn- und Vollstreckungsverfahren im griechisch-römischen Ägypten.

Von

Herrn Prof. Dr. **Paul Jörs**
in Wien.

Das Mahn- und Vollstreckungsverfahren auf Grund von Exekutivurkunden, wie es sich in unsern Papyrusurkunden vorzugsweise in der römischen Provinz Ägypten abspielt, ist in neuerer Zeit wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Forschung gewesen.[1]) Zusammenfassende Darstellungen hat es namentlich in den grundlegenden Arbeiten von Koschaker, Mitteis und Schwarz gefunden. Im folgenden soll keine neue hinzugefügt werden, vielmehr sollen Nachprüfungen einzelner Fragen unternommen werden. Vor allem haben neue Urkunden auch neuen Stoff hinzugebracht: ihn gilt es in das Bild hineinzuweben und es dadurch lebensvoller zu gestalten.

Eine solche Untersuchung braucht sich nicht an die zeitliche Reihenfolge der einzelnen Handlungen im Verfahren zu binden. Sie darf den Stoff zusammenfassen und trennen, Einzelheiten herausgreifen und zurücktreten lassen, wie es die Fragestellung mit sich bringt. Immerhin scheint es auch hier geboten, wenigstens die Akte, von denen im folgenden hauptsächlich die Rede sein wird, in der Ord-

---

[1]) Koschaker, Z. Sav. St. XXIX, 22ff.; Mitteis, Grundzüge 122ff. 143ff. 158ff.; A. B. Schwarz, Hypothek und Hypallagma 76ff.; vgl. auch Eger, Grundb. 46ff.; Frese, Aus d. gräko-ägypt. Rechtsleben 19ff.; Raape, Verfall d. griech. Pfandes 117ff.

nung, in der sie sich im einzelnen Falle vollzogen, einem kurzen Überblick zu unterwerfen, um später darauf verweisen zu können. Wenn ich mich dabei — von einer Stelle abgesehen — nicht mit bloßer Aufzählung und Schlagworten begnüge, sondern, selbst auf die Gefahr hin, manches Bekannte zu wiederholen, kurze Beschreibungen und Inhaltsangaben bringe, so ist der Grund teils der, daß ich von vornherein bestimmten Auffassungen Ausdruck und Nachdruck geben möchte, teils der, daß auf diese Weise einige Punkte von untergeordneter Bedeutung, Textergänzungen und dergleichen ihre Erledigung finden können.

Dabei ist gelegentlich schon von einer unveröffentlichten Urkunde (Berlin Inv. 11664) Gebrauch gemacht, deren Wortlaut im folgenden Abschnitt (II 1) mitgeteilt werden soll.

I. Überblick über den Verlauf des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens.[1])

A. *Διαστολικόν.*

1. Eingabe (allgemein als *ὑπόμνημα*[2]), nach ihrer Vollziehung als *διαστολικόν*[3]), vereinzelt auch als *διαστολή* bezeichnet) des Gläubigers an den Erzrichter: BGU. 578,

---

[1]) Zugrunde gelegt ist der Verlauf bei der Vollstreckung in Liegenschaften auf Grund pfandloser oder durch Hypallagma gesicherter Forderungen: von den Besonderheiten des Hypothekenrechts wird zunächst abgesehen. Ebenso soll hier auf die Gestaltungen des Verfahrens, die sich aus dem Widerspruch *(ἀντίρρησις)* des Schuldners ergeben, noch nicht eingegangen werden.

[2]) BGU. 578, $_{7}$. $_{19}$; Flor. 68, $_{1}$. ($_{8}$?); 86, $_{21}$; Oxy. 485, $_{4}$. $_{45}$. $_{49}$f. 1118, $_{4}$.

[3]) Flor. 1, $_{6}$. 81, $_{11}$; Giss. 33, $_{11}$. 34, $_{8}$. $_{13}$f.; Oxy. 68, $_{33}$; Straßb. 52, $_{7}$; wahrscheinlich auch Basel Inv. 7, $_{18}$ (Chrest. II, 245); BGU. 832, $_{25}$. 1131, $_{54}$. 1158, $_{16}$. Ez. Rainer bei Preisigke, Sammelbuch 5168, $_{30}$. *Διαστολικά* begegnen nicht nur im Mahnverfahren und bereiten nicht notwendig ein Vollstreckungsverfahren vor. Hier soll aber von dem weiteren Begriffe zunächst abgesehen werden. Über die verschiedenen Bedeutungen von *διαστολή* s. Schwarz, Hypothek und Hypallagma 117, $_{2}$.

$_{9-23}$ (Chrest. II, 227)[1]; 888, $_{5-26}$ (Chrest. II, 239); Flor. 68, $_{5-12}$. 86 (Chrest. II, 247); Oxy. 485, $_{8-37}$ (Chrest. II, 246); wahrscheinlich auch Oxy. 1118; zweifelhafter Lips. Inv. 110 (bei Koschaker, Z. Sav. St. XXIX, 27, $_3$). Sie gab zunächst eine Darlegung des zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses unter Hervorhebung der öffentlichen Urkunde[2]) oder des *χειρόγραφον δεδημοσιωμένον*[3]), in denen es verbrieft war, ferner eine Aufforderung an den Schuldner, den gegen ihn geltend gemachten Anspruch zu erfüllen, schließlich die Androhung der Vollstreckung beim Ausbleiben der Leistung. Ein Zahlungsbefehl von seiten des Erzrichters oder sonst einer Behörde wird nicht begehrt: der Antrag geht nur dahin, den zuständigen[4]) Strategen durch ein Schreiben zu beauftragen, er solle dem Schuldner eine Abschrift der (die Zahlungsaufforderung enthaltenden) Eingabe amtlich zustellen lassen.

2. Schreiben des Erzrichters an den Strategen, durch welches die begehrte Zustellung angeordnet wird: BGU. 578, $_{7-9}$. 888, $_{1-4}$; Flor. 68, $_{3-4}$; Oxy. 485, $_{4-8}$. Es wurde wahrscheinlich dem Strategen auf dienstlichem Wege übermittelt.[5]) Sicher ist, daß es dem Gläubiger zuging, ob

---

[1]) BGU, 578 verbindet mit dem Gesuche um Zustellung im Mahnverfahren das um vorhergehende Verlautbarung (*δημοσίωσις*) eines *χειρόγραφον* (vgl. Jörs, Z. Sav. St. XXXIV, 108. 154, $_2$. 155 f., $_4$); damit hängt jedenfalls die Erscheinung zusammen, daß hier (wie bei jedem Gesuch um *δημοσίωσις*) der Wortlaut des Schuldscheines mitgeteilt wird, während die übrigen Eingaben im Mahnverfahren sich mit der Angabe des Inhalts begnügen. Vielleicht erklärt sich daraus auch die abweichende Formulierung des Gesuches des Gläubigers an den Strategen in BGU. 578, $_4$ff. Die letztere findet sich auch in den sonst nicht bestimmbaren Urkunden Flor. 40, $_6$ (hier auch der Wortlaut des *χειρόγραφον*); Lips. 122, $_2$ff.; Lond. III, 126 Nr. 1222, $_3$ff.: darf man daraus schließen, daß diese stark verstümmelten Urkunden von gleicher Art wie BGU. 578 waren?

[2]) BGU. 888, $_{10}$f.; Flor. 86, $_3$ff.; Oxy. 485, $_{12}$ff.

[3]) BGU. 578, $_{10}$ff., vgl. Anm. 1.

[4]) Dafür scheint der Wohnsitz des Schuldners maßgebend gewesen zu sein.

[5]) In den uns erhaltenen (im Text angeführten) Urkunden ist es der Gläubiger, der dem Strategen den Zustellungsbefehl des Erzrichters

durch amtliche Zustellung, oder ob es ihm selbst überlassen blieb, sich — etwa durch seinen Bevollmächtigten *(διαπεσταλμένος)* — eine Ausfertigung von dem *καταλογεῖον* zu verschaffen, muß dahingestellt bleiben.[1])

3. Eingabe des Gläubigers an den Strategen (BGU. 578, $_{3-6}$; Flor. 68, $_{1-2}$; Oxy. 485, $_{1-4}$)[2]), in welcher er unter Anfügung einer Abschrift des Erzrichters (A 2) und seiner ihr zugrunde liegenden Eingabe (A 1) bittet, die Zustellung ausführen zu lassen.[3])

---

nebst Anlage mitteilt. Es ist aber wahrscheinlich, daß der Erzrichter dem Strategen eine unmittelbare dienstliche Anweisung zukommen ließ. Dafür spricht der Wortlaut des Antrages *συντάξαι γράψαι — τῷ στρατηγῷ* sowie die Tatsache, daß das Schreiben des Erzrichters an den Strategen gerichtet ist und ihm ein Befehl erteilt wird, während der Gläubiger seinem Gesuch an den Strategen nur eine Abschrift der Verfügung *(ἀντίγραφον χρηματισμοῦ)* beifügt. Dem letzteren gegenüber mußte der Strateg vor Unterschiebungen und Fälschungen gesichert sein. Auch entspricht die Ausfertigung an den Beamten der sonst im römischen Ägypten nachweisbaren Praxis (BGU. 613, $_6$; Oxy. 1032, $_{45}$). Vgl. zu der Frage Preisigke, Pap. Straßb. S. 23; Lewald, Grundbuch 71, $_2$; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 77.

[1]) Alle unsere Urkunden zeigen den Gläubiger im Besitz des Schreibens mit Anlagen. Der Ausdruck *οὗ ἐπόρισα* (Oxyrynchos) oder *παρεκόμισα* (Arsinoites, Hermupolis) *παρὰ (ἐκ) τοῦ καταλογείου χρηματισμοῦ (ὑπομνήματος) ἀντίγραφον κτλ.* darf kaum zugunsten der Annahme einer amtlichen Ausfertigung für den Gläubiger angeführt werden. Andrerseits spricht der Vermerk, der sich mehrfach in den Akten findet, daß der *νομογράφος* (BGU. 888, $_4$ [578, $_8$]) oder der *γραμματεὺς καταλογείου* (BGU. 239, $_{10}$. 1038, $_{18}$ vgl. 614, $_9$; Oxy. 1270 $_{11}$) die Urkunde geschrieben habe, eher für als gegen die Meinung, daß die Partei sich von einem in der Kanzlei des Erzrichters selbst angestellten oder von einem sonstigen mit öffentlichem Glauben versehenen Schreiber — so wird man den *νομογράφος* auffassen dürfen: vgl. Koschaker, Z. Sav. St. XXIX, 17, $_2$; Mitteis, Grundz. 56f,. $_7$; Meyer, P. Hamb. S. 14. 17 — die Abschriften, die sie brauchte, anfertigen ließ.

[2]) Daß die Bitte um Zustellung in Oxy. 486, $_4$ nicht ausgesprochen ist, hat nichts auf sich. Vielleicht ist sie weggelassen, weil sie nach dem folgenden Befehl des Erzrichters überflüssig schien. Daran, daß auch hier Zustellung begehrt wurde, kann nach Z. $_{35}$ff. kein Zweifel bestehen.

[3]) Vermerke über die Anordnung und Ausführung der Zustellung enthalten BGU. 578, $_1$f.; Flor. 68, $_{13-20}$; Oxy. 485, $_{36}$ ff.

B. Ἐνεχυρασία.

1. Eingabe (allgemein als ὑπόμνημα[1]), technisch als ἔντευξις[2]) bezeichnet) des Gläubigers an den Praefectus Aegypti: BGU. 1038, $_{18-27}$ (Chrest. II, 240); BGU. 239 (Preisigke, Berichtigungsliste S. 29f.), wo die geringen Reste von Z. 16ff. den Beginn der ἔντευξις zu enthalten scheinen. Auch hier wird zunächst auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis verwiesen. Der Erlaß des διαστολικόν ist in den für uns allein in Betracht kommenden Fragmenten von BGU. 1038 nicht erwähnt und daß ein Mahnverfahren stattgefunden hat überhaupt nur dadurch angedeutet, daß hervorgehoben wird, es sei weder Zahlung noch Widerspruch des Schuldners erfolgt.[3]) Was den Antrag betrifft, so läßt sich nur erkennen, daß der nachher tatsächlich erlassene Beschluß (B 2) begehrt wurde.[4])

2. Gerichtsbeschluß[5]) (χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας[6]), häufig auch schlechthin als ἐνεχυρασία[7]) bezeichnet): BGU. 239, $_{10-14}$. 1038, $_{13-18}$, Berl. Inv. 11664, $_5$ff. Er enthält eine protokollarische Darlegung der Akte, welche der Bevoll-

---

[1]) Oxy. 1027, $_5$.

[2]) BGU. 1038, $_{13.\ 16}$; Berl. Inv. 11664, $_{7.\ 8.\ 14}$.

[3]) Die Ergänzung von Mitteis zu Chrest. II, 240, $_{22}$f. μ]ηδεμιᾶς ἀποδ[ό]σεως [μήτε ἀντιρρήσεως γενομένης (γεναμένης ist Druckfehler) darf im wesentlichen als sicher gelten.

[4]) In BGU. 1038, $_{23}$ würde die von Koschaker (Z. Sav. St. XXIX, 33. 34f.) auf Grund von Flor. 56, $_{17}$ vorgeschlagene, von Mitteis (Chrest. II, 240) nicht aufgenommene Ergänzung ἀξιῶ ἐπὶ τῆς διαλογῆς συγκρῖναι γράψαι genau die Lücke ausfüllen. Meines Erachtens trifft sie das Richtige.

[5]) Die Berechtigung zu dieser Bezeichnung statt der bisher verwendeten 'Dekret des Statthalters' wird im folgenden Abschnitt (II 1) dargelegt werden.

[6]) BGU. 239, $_5$. 1038, $_9$ vgl. $_{7.\ 10}$; Oxy. 712, $_{10}$ vgl. $_{16}$. Auch bei den γράμματα ἐνεχυρασίας (BGU. 578, $_{21}$. 888, $_{23}$; Flor. [55, $_{25}$]. [56, $_{11}$]) ist jedenfalls in erster Linie an den χρηματισμός zu denken.

[7]) BGU. 239, $_9$. 970, $_{26}$. 1038, $_{11}$; Berl. Inv. 11664, $_2$; Flor. 48, $_8$ (Giss. 33, $_{12}$); Flor. 97, $_8$; Giss. 34, $_{8.\ 14}$; Lond. III, 132f. Nr. 908, $_{22}$ (vgl. $_{34}$). Auch Giss. 32, $_{7.\ 19}$; Lond. Nr. 1897, $_7$ (Arch. f. Pap. VI, 106) dürften hierher zu zählen sein. In Oxy. 712, $_{3.\ 19}$ (vgl. Lips. 120, $_{12}$) dagegen ist die Vollziehung der Pfändung gemeint.

mächtigte[1]) des Gläubigers vor dem Gericht (*ἐπὶ τῆς διαλογῆς*) vorgenommen und der Nachweise, welche er dort erbracht hat, ferner die Entscheidung (*συγκρίνειν*), daß unter Mitteilung einer Abschrift der *ἔντευξις*[2]) ein Schreiben an den Strategen und Gerichtsvollzieher (*ξενικῶν πράκτωρ*) des Vollstreckungsortes[3]) (*ἐπὶ τῶν τόπων*) ergehen solle, durch das sie ermächtigt werden, nach Vornahme weiterer Ermittelungen und Feststellungen dem Schuldner eine Abschrift des Gerichtsbeschlusses und der *ἔντευξις*[4]) zuzustellen und die Vollstreckung (Pfändung) nach den bestehenden Vorschriften durchzuführen.

3. Das vom Gericht beschlossene Schreiben an den Strategen wurde vom Erzrichter ausgefertigt: BGU. 239, $_{8-10}$. 1038, $_{11-12}$; Berl. Inv. 11664, $_{1-3}$. Zu beachten ist, daß nach dem Wortlaut dieses Schreibens der Beschluß dem Strategen lediglich zur Kenntnis gebracht wird (*ἵν' εἰδῇς*): einen Auftrag, ihn dem Schuldner zuzustellen, erteilt der Erzrichter nicht — anders als beim Mahnverfahren (A 2) und bei der *ἐμβαδεία* (D 3). Der Grund ist wohl der, daß hier der Beschluß selbst den Zustellungsbefehl enthielt, seine Ausführung aber von dem *ἐπὶ τῶν τόπων* vorzunehmenden weiteren Ermittlungsverfahren abhängig machte. Die Ausfertigung für den Gläubiger läßt sich auch hier nachweisen[5]); amtliche Übermittelung an den Strategen ist wie beim Mahnverfahren zu vermuten.[6]) Und wahrschein-

---

[1]) In den uns erhaltenen Akten tritt immer ein *διαπεσταλμένος* auf. Daß aber dem Gläubiger persönliches Handeln verboten gewesen sein sollte, ist schwer zu glauben. Vgl. unten bei III 2.

[2]) Das ist in BGU. 239, $_{13}$ und Berl. 11664, $_{13}$f. ausdrücklich gesagt und in BGU. 1038, $_{15}$ dem Wortlaut oder dem Sinne nach zu *πεμφθῆναι* zu ergänzen; vgl. S. 239, 3.

[3]) Über die Zuständigkeit s. S. 232, 4.

[4]) Entsprechend dem Vordersatz des Beschlusses (s. Anm. 2) dürfte in BGU. 1038 die Ergänzung der Z. $_{17}$ von Koschaker (Z. Sav. XXIX, 33) und Mitteis (Chrest. II, 240) zu vervollständigen sein: *μεταδοθῆναι τῆς τε ἐντεύξεως καὶ] τῶν γραμμάτων τούτων ἀντίγραφον*. Damit wird der zur Verfügung stehende Raum genau geschlossen.

[5]) BGU. 239, $_{5}$. 1038, $_{9}$; vgl. S. 233, 1.

[6]) Dafür sprechen hier die gleichen Gründe wie dort (S. 232, 5), namentlich auch, daß der Beschluß ausdrücklich vorschreibt *γραφῆναι*

lich erfolgte sie auch an den *ξενικῶν πράκτωρ*, obwohl es an einem Belege dafür in den Quellen fehlt.[1])

4. Eingabe des Gläubigers an den Strategen (BGU. 239, $_{3-8}$.[2]) 1038, $_{8-10}$), in welcher der Gesuchsteller unter Anfügung einer Abschrift des Gerichtsbeschlusses (B 2) und seiner ihm zugrunde liegenden Eingabe (B I) bittet, die Zustellung ausführen zu lassen.[3])

C. *Προςβολή* und *καταγραφή*,

sowie die damit zusammenhängenden Akte der *παράδειξις*, *κατοχή* und *ἀπογραφή* sollen hier nur genannt werden, weil ihre genauere Bestimmung überall eine eingehendere Erörterung nötig macht.

D. *Ἐμβαδεία.*

Das Verfahren bei der *ἐμβαδεία* ist ebenso wie das bei der *ἐνεχυρασία* gestaltet. Es genügt also, die Akte hier kurz zu bezeichnen und hervorzuheben, inwiefern sie andern Inhalt hatten.

1. Eingabe (allgemein als *ὑπόμνημα*[4]), technisch als *ἔντευξις*[5]) bezeichnet) des Gläubigers an den Präfekten. Der

---

— *τῷ στρατηγῷ*. Vielleicht ist Berl. 11664 eine solche Ausfertigung für den Strategen: es ist nämlich zu beachten, daß hier (anders als in BGU. 239 und 1038) das Schreiben des Erzrichters eine andere Hand aufweist als der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* ($_{5}$ff).

[1]) Im Gerichtsbeschluß wird ein Schreiben an den Strategen und an den Praktor vorgesehen (BGU. 1038, $_{15}$; Berl. 11664, $_{13}$ff.): es ist nicht anzunehmen, daß damit bloß eine Mitteilung an den Vollstreckungsbeamten durch Vermittlung des Strategen gemeint sein sollte. Aus ptolemäischer Zeit haben wir unmittelbare Beauftragungen des *ξενικῶν πράκτωρ* in Vollstreckungssachen erhalten: Tor. 13, $_{1.\ 15}$; Teb. 165; auch Magd. 41, $_{5}$ darf vielleicht in diesem Zusammenhange genannt werden. Von Oxy. 286 und 1203 dagegen möchte ich wegen der besonderen Voraussetzungen dieser Urkunden hier absehen.

[2]) Hier werden Einzelheiten hervorgehoben, die wir bei der Verstümmelung von BGU. 239, da BGU. 1038 keine Parallele dafür bietet, nicht genauer bestimmen können.

[3]) Anordnungen und Vermerke über die Ausführung der Zustellung bieten BGU. 239, $_{1}$f. 1038, $_{28}$.

[4]) Flor. 56, $_{2}$.

[5]) Flor. 55, $_{11.\ 12.\ 15}$f. $_{18}$. 56, $_{6.\ 7.\ 9}$.

Gesuchsteller geht davon aus, daß er durch die *καταγραφή* Eigentümer des Pfandgrundstückes geworden ist und beantragt, das Gericht möge beschließen, den Strategen zu beauftragen, ihn, nötigenfalls zwangsweise, in das Grundstück einzuweisen.

2. Gerichtsbeschluß (*χρηματισμὸς ἐμβαδείας*[1]), auch schlechthin *ἐμβαδεία*[2]) genannt): Flor. 55, $_{8-22}$. 56, $_{6-10}$. Auch hier benennt das Protokoll die vor Gericht erbrachten und am Vollstreckungsort zu erbringenden Nachweise und sonstigen vom Gläubiger vorzunehmenden Akte. Sodann wird verfügt (*συγκρίνειν*), daß unter Mitteilung einer Abschrift der *ἔντευξις* ein Schreiben an den Strategen — hier nur an ihn — ergehen solle, in dem ihm aufgegeben wird, einen Räumungsbefehl an den Schuldner zu erlassen und die Besitzeinweisung des Gläubigers in das ihm durch die *καταγραφή* zugeschriebene Grundstück nach den bestehenden Vorschriften durchzuführen.

3. Das vom Gericht beschlossene Sendschreiben an den Strategen wurde auch bei der *ἐμβαδεία* vom Erzrichter ausgefertigt: Flor. 55, $_{3-8}$. 56, $_{4-5}$. In der letzteren Urkunde (Flor. 56) enthält es lediglich den Befehl der Zustellung[3]) des Gerichtsbeschlusses (jedenfalls mit der angehängten *ἔντευξις*). Das Schreiben in Flor. 55 war, wie die Überreste erkennen lassen, abweichend gefaßt, enthielt aber schwerlich anderen Inhalt: die beigefügten Schriftstücke scheinen aufgezählt gewesen zu sein, mit *ὑπογραφῆς ἐπὶ τῆς διαλογῆς* ($_4$) scheint der Gerichtsbeschluß (D 2) gemeint zu sein[4]), und in Z. $_5$f. war vielleicht der ihm vorauf-

---

[1]) BGU. 832, $_{12}$; Flor. 55, $_2$. 56, $_2$; vgl. auch Oxy. 274, $_{24}$: *[ἐμβαδεύ]σεως ἄδειαν.*

[2]) Flor. 56, $_5$. In Flor. 55, $_{21}$. $_{40}$. 56. $_{10}$ dagegen bedeutet *ἐμβαδεία* die Durchführung der Besitzeinweisung.

[3]) Also anders als bei der *ἐνεχυρασία* ( ), aber hier war die Zustellung auch nicht wie dort Inhalt des Gerichtsbeschlusses.

[4]) Für diesen Sprachgebrauch vgl. Petr. III, 25, $_1$ (Chrest. II, 30); Tor. 13, $_1$ (Chrest. II, 29): in beiden Fällen ist unter *ὑπογραφή*, was hier, wie sich zeigen wird, besonders ins Gewicht fällt, ein Urteil der Chrematisten verstanden. Vgl. ferner Teb. 165, wo es sich ebenso wie in Tor. 13 cit. um eine Anordnung in Vollstreckungssachen handelt. Auch

gehenden ἔντευξις gedacht.[1]) Im übrigen gilt das gleiche wie bei der ἐνεχυρασία (B 3), nur daß hier eine Ausfertigung für den ξενικῶν πράκτωρ nicht in Frage kam.

4. Eingabe des Gläubigers an den Strategen Flor. 55, $_{1-2}$. 56, $_{1-4}$) mit der Bitte um Ausführung der Zustellung[2]) wie bei der ἐνεχυρασία (B 4).

II. Χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας und ἐμβαδείας.

1. Vergleicht man die Urkunden des Mahnverfahrens mit denen des Vollstreckungsverfahrens, so fällt ein Unterschied in die Augen, dem die Forschung bisher, wenn sie ihn auch nicht übersehen, so doch wenig Gewicht beigelegt hat. Während nämlich im Mahnverfahren, ebenso wie bei allen sonstigen Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, in denen der Erzrichter tätig wird *(συγχώρησις, προςφώνησις, δημοσίωσις)*[3]) die Eingabe *(ὑπόμνημα)* des oder der Rechtsuchenden an ihn selbst gerichtet ist, wendet sich das Gesuch, mit dem der Gläubiger das Vollstreckungsverfahren einleitet, die *ἔντευξις,* sowohl bei der *ἐνεχυρασία* als auch bei der *ἐμβαδεία,* wie wir sahen (S. 234. 236), an die höchste Landesstelle, den Praefectus Aegypti.[4]) So lag es denn nahe anzunehmen, daß auch die Verhandlung über

---

in Tor. 1, $_{IX, 24}$ (Chrest. II, 31) bedeutet ὑπογραφή ein Urteil: hier das in Par. 15 erhaltene des ἐπιστάτης mit seinem Consilium.

[1]) In Flor. 55, $_5$f. dürfte, wenn der Raum es zuläßt, zu ergänzen sein: *προςυποτέτακται δὲ καὶ [ἡ] δι' [αὐτῆς | σημαινομένη ἔντευξις. τοῦτο κτλ.* Mit *αὐτῆς* wäre auf das vorhergehende *ὑπογραφῆς* hingewiesen.

[2]) Vermerke über die Ausführung der Zustellung enthalten Flor. 55, $_{41}$f. 56, $_{19}$ff.

[3]) Für die *συγχώρησις* vgl. die bei Koschaker Z. Sav. St. XXVIII, 271 zusammengestellten Urkunden, dazu BGU. 1108. 1111. Berl. Bibl. 8 (Preisigke, Sammelbuch 424). Teb. 319; für die *προςφώνησις* Oxy. 1200, $_5$ff. Für die *δημοσίωσις* habe ich das Material Z. Sav. St. XXXIV, 108 ff. gesammelt; dazu jetzt Berl. Inv. 11644 (Arch. f. Pap. VI, 177).

[4]) Flor. 55, $_{22}$. *Γα]ίῳ [Σεπτιμί]ῳ Οὐεγέτῳ;* BGU. 1038, $_{18}$ *Λου[κ]ίῳ Οὐαλερίῳ Πρόκλῳ;* Flor. 56, $_{10}$ *[Μηου]ίῳ Ὀνορατιανῷ.* Daß die Amtsbezeichnung fehlt, ist daraus zu erklären, daß wir hier überall (auch sonst gekürzte) Abschriften vor uns haben. Die Eingabe der Partei hat den Statthalter gewiß nicht mit dem bloßen Namen angesprochen.

dieses Gesuch, die, wie die Quellen sagen, *ἐπὶ τῆς διαλογῆς*[1]) stattfand, sich vor dem Statthalter abspielte, und daß die hier ergehende in unseren Urkunden stets mit den Worten *'Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως* anhebende Verfügung (das 'Dekret') (oben S. 234 f. 237) von ihm herrührte. In der Tat ist dies auch die, soweit ich sehe, allgemein anerkannte Meinung.[2]) Und doch, glaube ich, weisen schon die bisher veröffentlichten Urkunden auf einen anderen Weg.

Wir lesen in BGU. 1038, $_{13}$ff. (Chrest. II, 240) *'Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως — — συνεκρίναμε[ν γραφῆναι καὶ πεμφθῆναι τῆς ἐντεύξεως ἀντίγραφον*[3]) *τῷ — στρα(τηγῷ) καὶ] τῷ — [— ξενικῶν πράκ]τορι —*.

Ebenso in BGU. 239, $_{10}$ff. (Preisigke, Berichtigungsliste S. 29 f.): *[Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως — — συνε]κρίναμεν*

---

[1]) BGU. 1038 [$_{23}$]; Flor. 55, $_{30}$ vgl. $_4$; Flor. 56, $_{17}$. Näheres unten bei II 8.

[2]) So Mitteis, Z. Sav. St. XXVII, 346 und Grundz. 128. 159. 161 und Chrest. S. 266. 269; Gradenwitz, Berl. phil. Wochenschrift XXVI (1906), 1354; Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 34 ff.; Rabel, Verfügungsbeschränkungen 94; Eger, Grundb. 47, $_2$; Wilcken, Arch. f. Pap. IV, 373; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 81 f. 112. 127.

[3]) Die Worte *τῆς ἐντεύξεως ἀντίγραφον* müssen (vielleicht abgekürzt), wenn der Raum es irgend zuläßt, den Ergänzungen von Koschaker (Z. Sav. St. XXIX, 33, dem Mitteis Chrest. S. 270 folgt), entsprechend den parallelen Urkunden eingefügt werden (s. den Text und oben S. 235). Andernfalls muß angenommen werden, daß die Worte in der Abschrift der Urkunde ausgefallen sind, denn *πεμφθῆναι τῷ στρατηγῷ* kann nicht ohne Objekt gewesen sein. Aber auch weiterhin ist der Text, wie ihn die beiden genannten Forscher hergestellt haben, nicht in Ordnung, denn der Infinitiv *μεταδοθῆναι* in Z. $_{17}$ läßt sich so, wie er dasteht, nicht erklären. Sollte er, was aber schwerlich anzunehmen ist, parallel mit *γραφῆναι* und *πεμφθῆναι* aufgefaßt werden, so müßte ein *καὶ* eingeschoben werden. Abhängig könnte er dem Sinne nach ja überhaupt nur von *γραφῆναι*, nicht von *πεμφθῆναι* sein, aber auch das scheint mir sprachlich nicht möglich. Die Lösung dieser Schwierigkeiten kann man m. E. aus Flor. 55, $_{15}$ff. und 56, $_7$ff. entnehmen; dort ist die Konstruktion klar: *γραφῆναι καὶ πεμφθῆναι, ἵνα — ποιῆται (συντελῆται) τὰ τῆς ἐμβαδείας*, dazwischen sind die Voraussetzungen in dem Satz mit *ἐάν* eingefügt. Entsprechend wird anzunehmen sein, daß in BGU. 1038, $_{15}$ die Partikel ausgefallen ist, und wird zu lesen sein ⟨*ἵν'*⟩, *ἐὰν ὦσ(ι) γεγονυῖαι αἱ — διαγραφαί — —* worauf dann in Z. $_{17}$ etwa fortgefahren werden müßte — *μεταδοθῇ — — ἀντίγραφον*.

γρ(αφῆναι) καὶ πεμφθ(ῆναι) τῆς [ἐντεύξεως ἀντίγραφον τῷ — στρατηγῷ —.

Richtig hat ferner Vitelli in Flor. 55, $_{12}$ff. ergänzt: *Αναγνωσθε ισης ἐντεύ]ξεως — [— συνεκρείναμεν γ]ραφῆναι καὶ πεμφθῆν[α]ι τῆς ἐντεύ[ξεως ἀντίγραφον τῷ —] στρατηγῷ —.*

Wenn derselbe Gelehrte aber an der entsprechenden Stelle von Flor. 56, $_{6}$f. liest *'Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως συνέκρειν[α γραφῆ]ναι καὶ πεμφθῆναι τῆς ἐντεύξεως ἀντίγραφον τῷ — στρατηγῷ —*, so ist das gegenüber den anderen Urkunden nicht zu billigen, sondern es muß wie bei diesen *συνεκρεί-ν[αμεν γραφῆ]ναι* ergänzt werden, oder, wenn dafür der Raum nicht reichen sollte [1]), eher mit einer Abkürzung gerechnet als der Singular angenommen werden.

Wenn also hier gleichmäßig *συνεκρίναμεν* geschrieben war oder ergänzt werden darf, so ist es unwahrscheinlich, daß wir eine Verfügung des Präfekten vor uns haben. Denn dieser spricht, wie überhaupt die römischen Magistrate bei Akten der Verwaltung und Rechtsprechung, regelmäßig im Singular.[2]) Dagegen ist die Ausdrucksweise ganz am Platze, wenn der Beschluß von einem Richterkollegium ausging. Und ich glaube, daß darauf gerade in der ältesten unserer Urkunden eine deutliche Spur hinweist.

In Flor. 55 (vom Jahre 88 n. Chr.) folgt nämlich auf das Datum in Z. $_{8}$f.[3]), ehe der übliche Text des Beschlusses anhebt, noch ein Zwischenstück:

---

[1]) Entscheiden läßt sich das nur am Original. Wenn aber, wie ich nach dem Ausmaß der Druckzeilen annehmen möchte, die Lücken in Z. $_{6}$ *αὐ[τῆς δεδηλω]μένης*, in Z. $_{8}$ *[ἐντὸς χρόν]ου* (nach Vitellis Vermutung), in Z. $_{9}$ *διαστειλαμ[ένη τοῖς ο]ὖσι* ihrem Platz und ihrer Größe nach der hier interessierenden von Z. $_{7}$ entsprechen, so würde die von mir vermutete Ergänzung *συνεκρείν[αμεν γραφῆ]ναι* mit 9 Buchstaben den Raum besser schließen als Vitellis *συνέκρειν[α γραφῆ]ναι* mit nur 6 Buchstaben.

[2]) Nur ganz ausnahmsweise kommt der Plural vor: Catt. I, $_{9}$ (Chrest. II, 372) *νοοῦμεν*, aber gleich darauf in den entscheidenden Worten des Urteils heißt es *δίδωμ[ι], δόξω;* Oxy. 653 (Chrest. II, 90, $_{29}$): *δικαιοῦμεν*. In Teb. 286, $_{22}$ (Chrest. II, 83) spricht der Richter offenbar nicht bloß von sich, sondern von allen Beteiligten, für welche die kaiserlichen Reskripte maßgebend sind. Daß der im Text gekennzeichnete Sprachgebrauch auch in den lateinischen Quellen überall zutage tritt, ist bekannt.

[3]) Auch dieses gehört schon zum Gerichtsbeschluß; vgl. unten S. 244.

10 . . . . 'Απο]λλόδωρος καὶ Ποπλιενὸς
11 . . . . ὁ καὶ]'Αλθαιεύς, οἱ τὰς ἐντεύξεις
12 . . . . .'Αναγνωσθείσης ἐντεύ]ξεως 'Εξακῶντος κτλ.

Trotzdem nur etwa ein Drittel der Zeilen erhalten ist, läßt sich deutlich erkennen, daß hier mindestens zwei, vielleicht drei[1]) Personen genannt und als *οἱ τὰς ἐντεύξεις [. . . . .* bezeichnet sind. Ich dachte zuerst daran, dem bekannten ptolemäischen Sprachgebrauch[2]) folgend, *[χρηματίσαντες* zu ergänzen: wie sich aber gleich zeigen wird, ist mit größter Wahrscheinlichkeit das noch viel interessantere Wort *[διαλέξαντες* einzufügen. Jedenfalls kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wir hier das Richterkollegium[3]) vor uns haben, von dem es in dem Beschlusse heißt: *συνεκρίναμεν.*

Was man aus den vorstehenden bisher bekannten Urkunden vermuten durfte, wird zur Gewißheit und in helles Licht gesetzt durch die folgende unveröffentlichte Urkunde, deren hier mitgeteilten Text ich Herrn Kollegen Schubart in Berlin verdanke. Die Lesung ist gemeinsame Arbeit von ihm und Herrn Dr. Plaumann.[4])

---

[1]) Vgl. darüber unten S. 254.

[2]) Fay. 12, $_{28}$ff. (Chr. II, 15); Leid. D$_7$; Lond. I, 9 Nr. 20, $_5$ff.; Lond. I, 13 Nr. 21, $_5$ff.; Magd. 6, $_9$; Petr. II, 2 (2), $_1$ (Chr. II, 22); Reinach 7, $_{27}$ (Chr. II, 16) Tor. 3 (= Par. 14) $_{34}$ff. Vgl. dazu Laqueur, Quaest. epigr. et pap. 4ff.; Gradenwitz, Arch. f. Pap. III, 34ff.; Gerhard, Philol. LXIII, 518f. 549f.; Zucker, Philol. Suppl. XII, 8ff. 54ff.; Mitteis, Grundz. 13ff.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I, 265f.; Lesquier, Pap. Lille II (Magd.) S. 10ff. 15ff.

[3]) Der Herausgeber Vitelli war schon auf dem rechten Wege, wenn er zu Flor. 55, $_{10}$ bemerkt: Qui compaiono — nomi di magistrati deputati, crederei, dal prefetto alla 'evasione' come nel nostro linguaccio burocratico usa dire, di siffatte instanze *(οἱ τὰς ἐντεύξεις [ἀσχολούμενοι?]).* Was an dieser Bemerkung unzutreffend ist, bedarf heute keiner Zurückweisung mehr.

[4]) Ich benutze die Gelegenheit, diesen Herren hier aufrichtig für ihre Freundlichkeit zu danken, insbesondere Herrn Kollegen Schubart, der mir auf meine Bitte um Auskunft über den Berliner Papyrus den obigen Text mitteilte. Nicht minder gilt mein Dank Herrn Kollegen Mitteis, der in Kenntnis meiner Forschungen, sobald er von der Berliner Urkunde erfuhr, mir davon Mitteilung machte.

Pap. Berl. Inv. 11664.

1 *[. . . . . .]ρος ὁ καὶ Πολλίων ἱερεὺς καὶ ἀρχ(ιδικαστὴς) καὶ (?) κοσμ(ητὴς?) τῷ τῆς*
2 *[Πολέμ]ωνος μερίδος τοῦ Ἀρσινοείτου στρ(ατηγῷ) χαί(ρειν). Τῆς τελ(ειωθείσης) ἐνεχυ(ρασίας)*
3 *[ἀντίγρ(αφον)] ὑπόκ(ειται)· γέγραφα οὖν σοι ἵν' εἰδ(ῇς). Ἔρρω(σο). (Ἔτους) ιζ Αὐτοκ(ράτορος) Καίσαρος Τραιανοῦ*
4 *Ἁδριανοῦ Σεβαστοῦ Φαρμοῦθι ς* (= 1. April 133)
5 (2. Hand) *[(Ἔτους) ιζ] Αὐτοκράτορος Κα[ίσαρ]ος Τραιανοῦ Ἁδριανοῦ Σεβαστοῦ*
6 *[Φαμεν]ὼθ· χρηματισταὶ Τ[ί]τοι Φλάουιοι Ἀπολλόδωρος καὶ Πο-*
7 *[πλιενὸ]ς οἱ τὰς [ἐ]ντεύξει[ς] διαλέξαντες.*
8 *[Ἀναγνωσ]θείσης ἐντεύξ[ε]ως Ἡρακλείας τῆς Ἑρμοῦτος, τῆς*
9 *[δὲ δι' αὐτ]ῆς σημαινομένης συγγραφῆς ὑπογεγραμμένης ἐκ*
10 *[τῆς τοῦ Ναν]αίου βιβλιοθήκης ἐπενηνεγμένης, καὶ τοῦ λεγομένου*
11 *[διαπεστ]άλθαι ἀνδρὸς αὐτῆς Ἡρακλείδου τοῦ καὶ Οὐαλερίου τοῦ Ἡρακλεί-*
12 *[δου ὑπογ]ρ[ά]φ[ο]ντος 'διαπέσταλμαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ*
13 *[τελείωσ]ιν', συνεκρείναμ[ε]ν γραφῆναι καὶ π[ε]μφθῆναι τῆς*
14 *[ἐντεύξ]εως ἀντίγραφον [τῷ] τῆς Πολέμωνος μερίδος τοῦ Ἀρσινο-*
15 *[είτου στ]ρατηγῷ καὶ τῷ το[ῦ α]ὐτοῦ νομοῦ ξενικῶν πράκτορι κτλ.*

1) *ἀρχ(ιδικαστὴς) καὶ (?) κοσμ(ητὴς?) τῷ* noch unsicher, ob nicht nur *ἀρχιδικαστ(ὴς) τῷ.* — 8) Das zweite *τῆς* verbessert aus *των.* — 9) *ὑπογεγραμμένης* verbessert aus *ὑπογεγραμμένην (?).* — 10) *ἐπενηνεγμένς* verbessert aus *ἐπενηνεγμένων.* — 12) *ὑπογ]ρ[ά]φ[ο]ντος:* man erwartet *ὑπογράψαντος;* die Lesung ist noch nicht ganz sicher.

Von der Entsendung des Mannes war in der *ἔντευξις* (am Ende) die Rede.

Wir sehen also: ein Kollegium von zwei Männern faßt den Beschluß über die *ἐνεχυρασία,* und diese Männer werden als *χρηματισταὶ οἱ τὰς ἐντεύξεις διαλέξαντες* bezeichnet. Kein Zweifel, daß das gleiche Kollegium in Flor. 55, $_{10}$f. gemeint ist. Wenn es in den andern Urkunden (BGU. 1038, $_{13}$-

Flor. 56, $_{6}$ und wahrscheinlich auch BGU. 239, $_{10}$) nicht genannt wird, so ist es offenbar weggelassen: Kürzungen der Texte lassen sich in den uns vorliegenden Abschriften ja mehrfach nachweisen.[1])

2. Ehe wir dem Inhalt der neuen Urkunde näher treten, sind ein paar Worte über sie selbst und ihr Verhältnis zu den andern Texten des Vollstreckungsverfahrens am Platze: es wird möglich sein, diese auch in ihrer äußeren Gestalt in mancher Hinsicht genauer zu bestimmen.[2])

Die Akten von Berl. 11664 zeigen uns das Vollstreckungsverfahren in einem früheren Stadium als die bisher bekannten Stücke. Sie enthalten nur den Gerichtsbeschluß, dem hier wie sonst eine Abschrift der ἔντευξις angehängt war, und das Sendschreiben des Erzrichters an den Strategen, letzteres vielleicht in amtlicher Ausfertigung für den Strategen.[3])

Wie aus unserer Urkunde deutlich zu erkennen ist, trägt das Sendschreiben des Erzrichters sein Datum am Schlusse (Z. $_{3}$ f.) und der Gerichtsbeschluss das seinige am Anfang (Z. $_{5}$ f.). Entsprechend wird man in BGU. 1038 die Grenze zwischen beiden Aktenstücken in Z. 13 nach ἔγραψα setzen und das nun folgende Datum mit dem Text des Beschlusses Ἀναγνωσθείσης ἐντεύξεως κτλ. verbinden müssen[4]): dazwischen waren dann in dem ursprünglichen Protokoll die Chrematisten benannt.

---

[1]) Auf die Kürzung in der Adresse der ἔντευξις wurde schon hingewiesen (S. 238, 4). Auch Zeitangaben sind gelegentlich weggelassen (S. 245). Vgl. ferner S. 239, 3).

[2]) Es sollen hier zunächst nur einige Äußerlichkeiten allgemeiner Art hervorgehoben werden. Einzelheiten, die mit den später behandelten Fragen zusammenhängen, werden an ihrem Platze zu erörtern sein. So die Ergänzung von BGU. 239, $_{11}$ und Flor. 55, $_{13}$ nach Maßgabe von Berl. 11664, $_{8}$f. u. a. m.

[3]) Vgl. darüber oben S. 236. Merkwürdig ist, daß σεσημείωμαι fehlt, das wir sonst meistens an dieser Stelle finden (BGU. 578, $_{8}$. 614, $_{9}$. 1038, $_{12}$. Flor. 40, $_{4}$. 55, $_{6}$. 56, $_{5}$. 68, $_{4}$. Lips. 122, $_{9}$. Oxy. 485, $_{8}$. 1270, $_{11}$). Aber in BGU. 888 fehlt es auch. Man wird die Bedeutung dieses Aktenvermerkes nur im ganzen behandeln können und muß dabei wohl auch mit Zufälligkeiten rechnen.

[4]) Danach muß namentlich auch der Abdruck in Mitteis, Chrest. 240 (S. 268) geändert werden. Auch in Nr. 246 (Oxy. 485, $_{8}$) gehören

Ebenso darf man annehmen, daß in BGU. 239, $_{10}$ (Preisigke, Berichtigungsliste S. 29) das Sendschreiben mit den Worten *᾿Ανουβίων [γρ(αμματεὺς)] καταλ(ογείον) τὴν οἰκονο(μίαν) ἔγ[ρ]α(ψα)* schloß[1]), und der Beschluß mit dem folgenden Datum begann. Dieses war aber, wie die erhaltenen Worte zeigen, nicht in der abgekürzten[2]), sondern in der vollen Form gegeben; es ist also zu ergänzen *(᾿Έτους) κγ Αὐτοκράτορος Κα[ίσαρος Τίτου Αἰλίου ῾Αδριανοῦ ᾿Αντωνίνου Εὐσεβοῦς*, Monat, Tag. Nimmt man dann die schon von Koschaker[3]) zweifellos richtig ergänzten Worte *᾿Αναγνωσθείσης ἐντεύξεως Ψοσναῦτος τοῦ]* hinzu, so hat damit die Zeile $_{10}$ so ziemlich die gleiche Länge wie $_5$, deren Ergänzung durch denselben Forscher als annähernde Norm für das Ausmaß der verlorenen rechten Seite der Urkunde gelten kann. Daraus folgt, daß in dem vorliegenden Text kein Platz für die Namen der Chrematisten übrigbleibt: sie waren also in BGU. 239 ebenso wie in BGU. 1038 bei der Abschrift weggelassen, im Urtext sind sie zwischen dem Datum und *᾿Αναγνωσθείσης* zu vermuten.

Auch in Flor. 55 läßt sich die Grenze deutlich erkennen: in Z. $_7$ haben wir das Datum des Sendschreibens, in Z. $_8$ ff. das des Beschlusses. Daß hier in unserm Texte die Chrematisten mit Namen aufgeführt sind, wurde schon hervorgehoben: wahrscheinlich waren sie im verlorenen Teil von Z. $_{10}$ auch als solche bezeichnet.

---

die Worte *῾Ηφαιστίων — ἔγρα(ψα)* m. E. zu dem Sendschreiben, nicht zu der Eingabe.

[1]) Das Datum des Sendschreibens steht regelmäßig vor dem Vermerk, in dem sich der Schreiber benennt (BGU. 578, $_8$. 614, $_8$. 888, $_3$. 1038, $_{12}$. Oxy. 1270, $_8$ff.). Auch in BGU. 239, $_9$ ist hinter *῎Ερρωσο* reichlich Platz dafür. Man wird sogar gut tun, um der zu vermutenden normalen Zeilenlänge (s. den Text) möglichst nahe zu kommen, statt des bloßen *ἵν᾿ εἰδῇς* in Z. $_9$ eine längere Formel wie in Flor. 55, $_6$ oder Berl. 11664, $_3$, also etwa: *τοῦτο δέ σοι γέγραφα νῦν ἵν᾿ εἰδῇς* oder ähnlich anzunehmen.

[2]) Diese bieten BGU. 239, $_2$ und $_8$, wo hinter *᾿Αντωνείνου Καίσαρος* höchstens noch *τοῦ κυρίου* hinzugefügt war. Das kaiserliche Distinktiv Imperator *(Αὐτοκράτωρ)* (wie in Z. $_{10}$) deutet immer auf den vollen amtlichen Namen.

[3]) Koschaker, Z. Sav. St. XXIX, 32.

Flor. 56 weist in der uns vorliegenden Gestalt stärkere Kürzungen auf: das Datum in Z. $_5$ gehört zu dem Sendschreiben; im Beschluß ist nicht nur die Bezeichnung des Gerichtshofes und seiner Mitglieder, sondern auch die einleitende Zeitangabe weggelassen.

3. Die wichtigste Tatsache, welche uns Pap. Berl. 11664 lehrt, ist ohne Frage die, daß unter der römischen Herrschaft in Alexandrien[1]) Chrematisten[2]) tätig waren: nach Ort und Zeit ist das eine überraschende Neuheit. Es liegt auf der Hand, daß damit auch der aus vielen römischen Urkunden bekannte Titel des Erzrichters *πρὸς τῇ ἐπιμελείᾳ τῶν χρηματιστῶν καὶ τῶν ἄλλων κριτηρίων*[3]) ein ganz anderes Aussehen gewinnt: wir haben kein Recht mehr, ihn als bloßes Rudiment aus der Vergangenheit anzusehen.[4]) Sicher

---

[1]) Daß die vom Erzrichter ausgehenden oder mit ihm im Zusammenhang stehenden Akte des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens nach Alexandrien gehören und daß dort auch das von ihm als Kanzlei benutzte *καταλογεῖον* zu suchen ist, kann nach den Untersuchungen von Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 257 ff. nicht mehr zweifelhaft sein. Über den Begriff der *διαλογή* wird unter II 8 zu handeln sein.

[2]) Vgl. über diese Richter Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 48, und Grundzüge 3 ff.; Gradenwitz, Arch. f. Pap. III, 22 ff.; Meyer, Arch. f. Pap. III, 74 f.; Zucker, Philologus Suppl. XII, 54 ff.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I, 120 ff. (dort S. 118, $_1$ ist auch die ältere Literatur verzeichnet).

[3]) Es sind zeitlich geordnet BGU. 1001, $_1$ (nach 55 v. Chr.; vgl. S. 246 A 1); BGU. 1111, $_1$ff. (15 v. Chr.); BGU. 1108, $_1$ (5 v. Chr.); Oxy. 281, $_1$ff. (20—50 n. Chr.); Oxy. 268, $_1$ (58 n. Chr.); BGU. 455, $_2$f. (wahrscheinlich unter Vespasian, 69—79 n. Chr.); BGU. 231, $_4$f. (unter Hadrian, 117—138 n. Chr.); Berl. Inv. 13993 (Arch. f. Pap. VI, 85) (120 f. n. Chr.); Oxy. 592 (122 f. n. Chr.); Lond. III, 132 f. Nr. 908, $_{17}$f. (139 n. Chr.); BGU. 741, $_2$f. (143 f. n. Chr.); BGU. 729, $_4$f. (144 n. Chr.); Oxy. 727, $_2$ff. (154 n. Chr.); Oxy. 1270, $_{15}$f. (159 n. Chr.); BGU. 888, $_6$ (159 f. n. Chr.); Flor. 68, $_6$ (172 n. Chr.); BGU. 241, $_1$f. (177 n. Chr.); Lips. 10, $_{I,1}$f. (178 bzw. 240 n. Chr.); BGU. 578, $_9$f. (189 n. Chr.); Oxy. 719, $_7$ (193 n. Chr.); BGU. 614, $_{10}$f. (217 n. Chr.); Teb. 319, $_1$f. (248 n. Chr.); Oxy. 1200, $_5$f. $_9$f. (266 n. Chr.); BGU. 1071, $_1$f. (III. Jahrhundert n. Chr.); Erzh. Rainer SN 98 (Wessely, Wiener Stud. XXIV, 107) (III. Jahrhundert n. Chr.); Lips., Inv. 610 (Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII, 263) (III. Jahrhundert n. Chr.): Berl. Bibl. 8 (= Preisigke, Sammelb. 424) (aus unbestimmter Zeit).

[4]) Die meisten Forscher nehmen an, der Titel müsse in ptolemäischer Zeit entstanden sein, in der allein es Chrematisten gegeben

bezeugt ist er schon für die frührömische Zeit (zuerst 15 v. Chr., in BGU. 1111 und 5 v. Chr. in BGU. 1108). Daß er in ptolemäische Zeit zurückreicht, ist sehr wahrscheinlich: ob wir einen Beleg dafür haben, hängt davon ab, ob die Urkunde BGU. 1001 nahe an das Jahr 55 v. Chr. herangerückt werden darf.[1])

Urkundlich nachgewiesen sind die Chrematisten für die ptolemäische Zeit bisher nur in der *χώρα*. Insbesondere lassen auch die wichtigen Zeugnisse, die wir heute in P. Hal. 1 über das alexandrinische Gerichtswesen besitzen[2]), keine Spur eines königlichen Gerichtshofes, wie es die Chrematisten zuverlässiger Überlieferung nach[3]) von Anfang an waren, in der Stadt erkennen. Und wenn auch vielleicht der Beweis aus dem Stillschweigen der abgerissenen Stücke, die in dieser Urkunde zusammengetragen sind, nicht jeden Zweifel auszuschließen vermag, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß ein Wandergericht wie die Chrematisten, das geschaffen wurde, um die Bevölkerung der langwierigen

---

habe: vgl. Gradenwitz, Arch. f. Pap. III, 22; Schubart, Arch. f. Pap. V, 66; Zucker, Philol. Suppl. XII, 55. 116; Mitteis, Grundz. 9 (anders Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII, 258).

[1]) Die Urkunde steht anf einem Blatt mit BGU. 1002 vom J. 55 v. Chr., und da in ihr teilweise die gleichen Personen vorkommen wie dort, hatte sie Schubart (in der Ausgabe) auch in die gleiche Zeit gesetzt (vgl. auch Wilcken, Arch. f. Pap. III, 389). Nachdem aber Gradenwitz (Berl. philol. Wochenschrift XXVI, 1346 f.) sie für die Zeit des Augustus in Anspruch genommen hatte (zustimmend Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII, 258. 276; Berger, Strafklauseln 29, $_5$; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I, 37 f., $_2$), hat jetzt auch Schubart (Arch. f. Pap. V, 52, $_3$) sich dieser Ansicht angeschlossen, weil die Schrift auf die Zeit des Augustus hinweise. Das wäre natürlich ein Grund, gegenüber dem sich nichts sagen läßt; aber doch wird die Frage gestattet sein: Laben wir denn Papyrusurkunden aus der hier in Betracht kommenden letzten ptolemäischen Zeit, welche die erforderliche Vergleichung ermöglichen? und ferner: läßt sich überhaupt aus dem Charakter der Schrift allein entscheiden, ob eine Urkunde die hier in Frage kommenden 30 bis 40 Jahre älter oder jünger ist? Für heutige gerichtliche oder notarielle Akten würde ich das nicht wagen.

[2]) Das haben die Herausgeber mit Recht hervorgehoben: s. Dikaiomata S. 169 f. 171.

[3]) Ps. Aristeas 111 (Wendland). Für die Papyrusurkunden genügt es auf die oben (S. 245, 2) angeführte Litteratur zu verweisen.

Reisen nach dem Gerichtsorte zu überheben[1]), weit mehr auf das Land, als auf die Großstadt hinweist. Indessen gehören die Einsetzung des Gerichts der Chrematisten und ebenso die in P. Hal. 1 benutzten Rechtsquellen dem dritten Jahrhundert v. Chr. an: für die Folgezeit versagen die Quellen, was unsere Frage anlangt, gänzlich, und sind überhaupt die Nachrichten über Gericht und Prozeß in Alexandrien bis auf Augustus äußerst dürftig. Möglich ist es also jedenfalls, daß das Gericht der Chrematisten, wenn es auch ursprünglich in der Hauptstadt keine Stelle hatte, so doch später, also zwischen dem dritten und ersten Jahrhundert, dort seinen Eingang fand und nicht erst von den Römern aus der *χώρα*, wo es seit Augustus nicht mehr vorkommt, dorthin verpflanzt wurde. Und für diese Annahme sprechen äußere wie innere Gründe.

Vielleicht am wenigsten die Tatsache, daß, wie wir jetzt genauer zu erkennen vermögen[2]), das Amt des Erzrichters ein hohes Alter hatte, möglicherweise schon in die früheste ptolemäische Zeit hineinreichte und jedenfalls von

---

[1]) Das sagt die eben (S. 246, 3) angeführte Stelle ausdrücklich. Vgl. ferner für den Charakter als Wanderrichter das *ἐπιβάλλοντες* in Tor. 1, $_{\text{III}\,25}$; Grenf. I 40, $_7$, und aus der Literatur (S. 245, 2) Mitteis a. a. O.; Gradenwitz 24f. 40; Semeka 124f., sowie Wilcken, Arch. f. Pap. IV 400. Ihr Vorbild hatten die Chrematisten schwerlich in Griechenland, vielleicht im Orient: es sei in dieser Hinsicht auf die interessante Erzählung bei Aelian Var. 1, 34 hingewiesen, die uns Wanderrichter im Perserreich zeigt. Daraus, daß sie den Spruch ablehnen und die Sache an den König selbst verweisen, darf man gewiß den Schluß ziehen, daß sie, wie die Chrematisten in Ägypten, ein königliches Gericht waren. Eine Verschiedenheit besteht allerdings: es handelt sich hier um eine Strafsache und gerade in solchen sind die Chrematisten, sofern nicht etwa *προσοδικά* in Betracht kamen, nicht nachweisbar. Aber daran braucht die Vergleichung nicht zu scheitern: es wäre, wenn die Erzählung geschichtlichen Wert hat, wohl denkbar, daß bei sonst gleicher Einrichtung die Zuständigkeit verschieden geregelt gewesen wäre.

[2]) Zu den Zeugnissen des Strabo 17, $_{12}$ (p. 797) und der dem Ende des zweiten oder Anfang des dritten Jahrhunderts angehörenden Inschrift Dittenberger, Or. gr. Inscr. 136 (Chrest. II 4) tritt jetzt P. Hal. 10 aus dem dritten Jahrhundert hinzu. Ungefähr auf dieselbe Zeit würde P. Lille 29, $_{\text{I}\,17}$ (Chrest. II 369) hinweisen, wenn die Ergänzung von Schubart (Arch. f. Pap. V 66, $_2$) zutrifft, was aber recht fraglich ist.

vornherein in Alexandrien seinen Sitz hatte.[1]) Denn damit ist nichts über die Beziehungen dieses Beamten zu den Chrematisten gesagt, am wenigsten über solche, wie sie die späteren Quellen aufweisen. Die ältesten Spuren deuten, was ja auch der Name erschließen läßt, auf eine richtende Tätigkeit des *ἀρχιδικαστής*, wahrscheinlich in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten[2]), nicht auf freiwillige und vollstreckende Gerichtsbarkeit. Bestand die letztere und mit ihr die Verbindung von Erzrichter und Chrematisten — was anzunehmen sein dürfte — schon unter den Ptolemäern, so war sie doch wahrscheinlich jüngeren Datums. Auf den

[1]) Daran besteht kein Zweifel, gleichviel ob der *ἀρχιδικαστής*, wie das Schubart (Arch. f. Pap. V 69f.; Klio X 57, $_1$) annimmt, von jeher nur königlicher Beamter oder ob er ursprünglich städtischer Beamter war, dem im Laufe der Zeiten die Ausübung königlicher Gerichtsbarkeit übertragen wurde, etwa wie unter den Kaisern ja auch Konsuln und Prätoren in weitgehendem Maße durch kaiserliche Mandate mit Rechtsprechung betraut wurden. Die oft herangezogene Stelle des Strabo 17, $_{12}$ (p. 797) ist allerdings, wie Schubart hervorhebt, nicht schlechterdings entscheidend, da der Gegensatz hier nicht der zwischen Beamten der Stadt und des Landes, sondern zwischen römischen und einheimischen, d. h. aus der Königszeit übernommenen Beamten ist. Immerhin ist aber zu beachten, daß von den a. a. O. zusammen genannten, in Alexandrien wirkenden Beamten sicher der erste (*ἐξηγητής*) und aller Wahrscheinlichkeit nach der letzte (*νυκτερινὸς στρατηγός*) städtische Behörden waren. Interessant ist auch Oxy. 705, $_{17}$ff. $_{67}$ff. (Chrest. I 153. 407) vom Jahre 202 n. Chr.: *Αὐρήλιος Ὡρείων γενόμενος στρατηγὸς καὶ ἀρχιδικαστὴς τῆς λαμπροτάτης πόλεως τῶν Ἀλεξανδρέων*: es ist auffallend, daß hier in einer an die Kaiser gerichteten Eingabe, wo doch eine unzukommende Titulatur des Gesuchstellers am wenigsten angebracht war, *τῆς πόλεως* nicht zu *στρατηγός*, sondern zu *ἀρχιδικαστής* gestellt, also wenn nicht auf den letzteren Beamten allein, so doch jedenfalls auch auf diesen bezogen ist. Das ist um so auffallender, als doch der fragliche Zusatz sonst immer zur Amtsbezeichnung des Stadthauptmanns gehört und seine Wirksamkeit, soviel wir wissen, auf Alexandrien beschränkt war, die des Erzrichters aber seit Augustus gerade nicht: sollte bei seinem Titel doch die Erinnerung an den Ursprung des Amtes fortgewirkt haben? Vgl. über den *στρατηγὸς τῆς πόλεως* Wilcken, Ostraka 624 und Grundz. 14. 47; Preisigke, Städt. Beamtenwesen 5; Meyer, Arh. f. Pap. III 71f.; Strack ebd. 135; Schubart, Klio X 68ff.

[2]) Das lassen die Reste von Hal. 10 cit., so gering sie sind, vermuten: Z. $_1$ *κ]ρίνωνται ἀρχιδικ[αστ* und $_4$ *κ]ρίσεων.*

ersten Blick möchte es scheinen, als ob man sich für diese Ansicht sogar auf eine Urkunde berufen könnte. In Tor. 13 (Chrest. II 29) vom Jahre 147 v. Chr. beschließt das Gericht der Chrematisten in Memphis den Gerichtsvollzieher (*ξενικῶν πράκτωρ*) desselben Ortes mit der Vollstreckung des von ihm erlassenen Versäumnisurteils zu beauftragen. In dem aus der Kaiserzeit bekannten Vollstreckungsverfahren dagegen wird der entsprechende Beschluß durch die Chrematisten von Alexandrien erlassen und von da aus an die ihn ausführenden örtlichen Behörden übermittelt (vgl. oben S. 234f.). Man möchte zu der Annahme geneigt sein, daß die jüngere Ordnung, welche die entscheidenden Beschlüsse und Anordnungen in die Hauptstadt verlegte und den Behörden an Ort und Stelle nur Ermittelungs- und Ausführungshandlungen überließ, im zweiten Jahrhundert v. Chr. noch nicht durchgedrungen war. Aber man darf nicht übersehen, daß es sich in Tor. 13 um ein Urteil handelt, während der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und *ἐμβαδείας* in BGU. 239. 1038, Flor. 55. 56, Berl. 11664, wie es scheint in allen Fällen, von einer Exekutivurkunde ausgeht. Für diese könnte die Zusammenschließung des Verfahrens in der Hauptstadt also schon früher erfolgt sein.[1]) Lösen können wir die aufgeworfenen Fragen bei dem gegenwärtigen Stande unserer Quellen nicht. Immerhin ist es nützlich, im Auge zu behalten, daß das Erscheinen des königlichen Gerichtshofes der Chrematisten, gleichviel in welche Zeit es zu setzen ist, einen erheblichen Einbruch in die alte städtische Gerichtsverfassung bedeutet. Es spricht demnach eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Neuerung keine allgemeine Umgestaltung der Gerichtsverfassung von Alexandrien bedeutete, sondern auf beschränktem Gebiete erfolgte, das dann vielleicht dem für uns erkennbaren der späteren Zeit nicht so ganz unähnlich war. Denn daß die Chrematisten jemals in der Hauptstadt in demselben Maße wie in der *χώρα* die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt haben sollten, *τὰ βασιλικὰ*

---

[1]) Die Urkunden Magd. 41, $_5$ und Teb. 165 tragen in der hier behandelten Frage schwerlich etwas aus, da in ihnen die Chrematisten nicht in Frage kommen.

καὶ προσοδικά, ja auch nur *τὰ ἰδιωτικὰ κρίνοντες*,[1]) ist nicht nur für das dritte Jahrhundert durch die Nachrichten des P. Hal. 1 ausgeschlossen, sondern auch für die spätptolemäische Zeit deshalb unglaubhaft, weil sich noch unter Augustus Reste anderer Gerichtshöfe erkennen lassen.

Neben den Chrematisten nämlich werden, wie wir sahen, in dem Titel des Erzrichters noch *ἄλλα κριτήρια* genannt. Auch betreffs ihrer ist die Frage aufzuwerfen, welcher Zeit sie entstammen: es scheint sogar, als ob wir hier etwas festeren Boden unter den Füßen hätten, als bei den Chrematisten. Wie bekannt, begegnet unter Augustus sehr häufig ein *κριτήριον* schlechthin[2]); auch später (57 n. Chr.) kommt es noch einmal vor.[3]) Freilich ist über seine Zusammensetzung und Zuständigkeit wenig bekannt. In der Regel wird in unsern Urkunden nur der Vorsitzende (*ὁ ἐπὶ τοῦ κριτηρίου*) genannt und handelt es sich um die Errichtung

---

[1]) Vgl. Amh. 33, $_9$f.; [Grenf. I 40, $_1$f. (Chrest. II 25)]; Tor. 13, $_6$ (Chrest. II 29); dazu Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 38f.; Mitteis, Grundz. 5; Semeka, Ptol. Prozeßrecht 135f.

[2]) Belege sind überflüssig, da sie aus dem Register von BGU. IV mit Leichtigkeit entnommen werden können. Aus der Literatur vgl. namentlich Schubart, Arch. f. Pap. V 57ff.; Mitteis, Grundz. 8f. 65f. Dikaiomata 53; auch Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII 276ff. (vor Schubart). Die ältesten Erwähnungen finden sich in BGU. 1148 $_{11}$ (27 v. Chr.); 1157, $_4$f. (27/6 v. Chr.); 1152, $_7$f. (23—22 v. Chr.); 1167, $_{24}$f. (22 v. Chr.); vgl. Schubart, Arch. f. Pap. V 59, $_1$.

[3]) Hamb. 1, $_{14}$ *ἀκολούθ(ως) τῇ(ι) ἀνενη(νεγμένηι) διὰ τοῦ κριτ(ηρίου) λύ[σει*. Freilich meint der Herausgeber Meyer (S. 2), das *κριτήριον*, das sonst seit Augustus nicht mehr nachweisbar ist, mit dem bekannten *καταλογεῖον* gleichsetzen zu dürfen, das er, Schubart (Arch. f. Pap. V 62) folgend, schon unter Augustus als eine Gerichtsbehörde ansieht. Zu dem einen wie dem andern liegt m. E. kein Grund vor. Solche Schlüsse aus dem Stillschweigen sind bei der Zufälligkeit, mit der uns das in Betracht kommende Material bald reichlich (so aus Augustus' Zeit), bald spärlich zufließt, stets bedenklich. Als Gerichtsbehörde neben dem Erzrichter können wir jetzt die Chrematisten nachweisen, das *καταλογεῖον* aber ist, wo es vorkommt, immer eine Kanzlei (Registratur), die übrigens nicht nur dem *ἀρχιδικαστής*, sondern, wie Flor. 57 = 382, $_{77}$ (Chrest. I 143) zeigt, auch dem *ἐξηγητής* von Alexandrien zur Verfügung stand. Sie scheint verschiedene Abteilungen gehabt zu haben und darf in dieser Hinsicht vielleicht mit den scrinia der römischen Kaiserzeit verglichen werden. Näher kann hier auf diese Frage nicht eingegangen werden.

einer *συγχώρησις*. Um so beachtenswerter ist BGU. 1105[1]), eine Eingabe (*ὑπόμνημα* $_{23}$f. $_{30}$f.), in welcher um die Einleitung eines Ehescheidungsverfahrens nachgesucht wird, und zwar soll der Vorsitzende einen der „Angestellten des Gerichts" entsenden[2]), um die Formalien des Auszuges der Frau aus dem Hause des Mannes zu vollziehen. Die Urkunde läßt erkennen, daß noch unter Augustus die Wirksamkeit des Gerichts über den angegebenen Geschäftskreis hinausreichte. Dieses *κριτήριον* ist — darüber besteht kein Zweifel[3]) — sicherlich keine römische Neuschöpfung, sondern aus der ptolemäischen Zeit übernommen, wenn sich auch ein Zusammenhang mit der älteren im dritten Jahrhundert v. Chr. in Alexandrien herrschenden Gerichtsordnung nicht mehr nachweisen läßt.[4])

Mit noch größerer Bestimmtheit darf man das andere unter Augustus nachweisbare *κριτήριον*, das Hofgericht (*τὸ ἐν τῆι αὐλῆι κριτήριον*) der ptolemäischen Zeit zuschreiben.[5]) Der Name läßt diesen Ursprung deutlich erkennen und zugleich auch vermuten, daß dieses sicher königliche Gericht so bezeichnet wurde, um es von dem *κριτήριον* schlechthin zu unterscheiden, das dann mit um so größerer Wahrschein-

---

[1]) Vgl. zu der Urkunde Schubart, Arch. f. Pap. V 62f.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 91, $_4$; Berger, Strafklauseln 221, $_6$.

[2]) BGU. 1105, $_{23}$ff.: *ἀποστῖ[λ]αι αὐτῶι τινα τῶν παρὰ τοῦ [κ]ριτηρίου.* Hierbei bleibt allerdings fraglich, ob ein Mitglied oder Diener (*ὑπηρέτης*) des Gerichts gemeint ist: der Ausdruck würde eher auf das erstere schließen lassen.

[3]) Vgl. Schubart, Arch. f. Pap. V 59. 60; Mitteis, Grundz. 8, $_5$; Dikaiomata 53.

[4]) Vgl. P. Hal. 1, $_{43}$. $_{76}$; dazu Dikaiomata 51ff. 166ff. Daß die Bezeichnung *οἱ ἐπὶ τῶν κριτηρίων* schon in ptolemäischer Zeit vorkommt (Teb. 7, $_1$f.; 114 v. Chr.), ist beachtenswert, reicht aber, auch wenn der Titel auf Alexandrien zu beziehen ist, nicht aus, um weitere Schlüsse für die dortige Gerichtsbarkeit darauf zu bauen. Vgl. dazu Meyer, Klio VII 291; Schubart, Arch. f. Pap. V 57, $_1$; Mitteis, Grundz. 8; Dikaiomata 128. 167.

[5]) BGU. 1098. 1127. 1146. 1156, Eingaben mit der Adresse *Ἀχαιῶι τῶι ἐπὶ τοῦ ἐν τῆι αὐλῆι κριτηρίου*; gleichzustellen sind 1124 und 1143, die nur den Namen *Ἀχαιῶι* aufweisen. Vgl. dazu Schubart, Arch. f. Pap. V 59f.; Zucker, Philol. Suppl. XII 117, die gewiß mit Recht *αὐλή* vom Hofe des Königs verstehen.

lichkeit als ein Überrest aus der alten städtischen Gerichtsbarkeit in Anspruch genommen werden darf.[1])

4. Die Behauptung, daß es in Alexandrien schon in ptolemäischer Zeit Chrematisten gegeben hat, wird — um zunächst bei den äußeren Verhältnissen des Gerichts stehen zu bleiben — gewiß nicht dadurch erschüttert, daß das, was wir über Verfassung, Tätigkeit und Zuständigkeit[2]) des Gerichts in der Hauptstadt aus den römischen Urkunden erfahren, wichtige Verschiedenheiten gegenüber dem, was wir von den älteren Chrematisten der *χώρα* wissen, aufweist.

Als ausgeschlossen kann gelten, daß die alexandrinischen Chrematisten von Flor. 55 und Berl. 11664 Wanderrichter waren wie diejenigen, welche wir aus dem dritten und zweiten vorchristlichen Jahrhundert in der *χώρα* kennen.[3]) Ist doch überhaupt die Frage zweifelhaft, ob sich die Wirksamkeit jener Chrematisten jemals auf die Griechenstädte, vor allem auf Alexandrien erstreckt hat.[4]) Auf dem Lande aber, wo sie einstmals umherzogen, kommen sie in der Kaiserzeit nicht mehr vor: man ist darüber einig, daß das nicht auf einer Zufälligkeit der Überlieferung beruht.

Damit hängt ein anderes zusammen. Auf Grund der Inschrift von Ghazin (Chrest. II 2) nimmt man gewöhnlich an, daß die ptolemäischen Chrematisten nur für zwei Jahre oder doch auf kürzere Zeit bestellt wurden.[5]) Demgegenüber weisen die beiden römischen Urkunden eine merkwürdige Erscheinung auf. In Berl. 11664, $_6$f. (vom Jahre 133) heißen die Richter *χρηματισταὶ Τ[ί]τοι Φλάουιοι 'Απολλόδωρος καὶ Πο[πλιενό]ς*, in Flor. 55 $_{10}$ (vom Jahre 88) ist es, da offenbar dieselben Cognomina vorliegen, kaum möglich anders zu ergänzen als *χρηματισταὶ Τίτοι Φλάουιοι 'Απο]λλόδωρος καὶ*

---

[1]) Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß nicht auch dieses *κριτήριον* im Laufe der Jahrhunderte manchen, vielleicht tiefgehenden Veränderungen unterworfen wurde.

[2]) Über das Verfahren s. unten S. 267ff.

[3]) S. oben S. 246f.

[4]) Vgl. Zucker, Philol. Suppl. XII 61ff.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 123.

[5]) Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 23; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 120f.; zurückhaltender Mitteis, Grundz. 4.

Ποπλιενός.[1]) Ist das richtig, so haben wir in einem Zeitraum von 45 Jahren die gleichen Namen, also aller Wahrscheinlichkeit nach auch dieselben Männer in der gleichen richterlichen Stellung.[2]) Denkbar wäre, daß sie diese zum zweitenmal bekleideten, wahrscheinlicher ist aber doch wohl, daß sie sie dauernd innehatten. Man braucht darum die Chrematisten auch in römischer Zeit nicht als Staatsbeamte im eigentlichen Sinne anzusehen: näher liegt es vielleicht, an ein angesehenen Alexandrinern übertragenes Nebenamt, etwa wie das unserer Handelsrichter, zu denken. Ob dafür römisches Bürgerrecht, wie es die beiden uns bekannten Männer hatten, eine notwendige Voraussetzung bildete, läßt sich um so weniger entscheiden, als diese Frage auch für den Erzrichter noch in der Schwebe ist.[3])

Für die ptolemäische Zeit sieht man die Dreizahl der Chrematisten als die Regel an.[4]) In Berl. 11664, $_6$f. aber

[1]) Für Flor. 55, $_{10}$ ist diese Ergänzung namentlich deswegen geboten, weil sie, wenn man das am Anfang der Zeile anzunehmende Datum *Παχὼν* x hinzufügt, genau den Raumverhältnissen entspricht. In Berl. 11664, $_7$ wäre ja möglich, die Lücke von 5 bis 7 Buchstaben durch ein anderes Cognomen, z. B. *Πο[λύβιο]ς* oder *Πο[πλικόλα]ς* oder ähnlich auszufüllen. Aber die Unwahrscheinlichkeit einer solchen Lesung liegt auf der Hand. Auch wer die Ergänzung in Flor. 55 nicht für so naheliegend hält, wie ich es annehme, wird jedenfalls mit ihr als einer Möglichkeit rechnen müssen: vorübergehen kann man an der Gleichheit der Cognomina nicht.

[2]) Schlechterdings notwendig ist freilich dieser Schluß nicht, denn wer durch kaiserliche Verleihung in der Zeit vom 1. Juli 69 bis 18. Sept. 96 das römische Bürgerrecht erhielt, hieß eben T. Flavius und das traf auf viele Personen zu. Aber daß verschiedene Männer mit gleichem Cognomen nach 45 Jahren dasselbe Richteramt bekleidet haben sollten, ist nicht gerade wahrscheinlich, auch wenn man annehmen wollte, daß es sich um Angehörige derselben Familie gehandelt hätte. Selbst bei Vätern und Söhnen hätte die Annahme des gleichen Namens zu jener Zeit und gerade in einer griechischen Gemeinde die größten Bedenken gegen sich.

[3]) Vgl. darüber Mommsen, Jur. Schr. I 472. III 52; Otto, Priester und Tempel I 199; Meyer, Arch. f. Pap. III 74; Hirschfeld, Kais. Verw. ^{2} 362, $_3$; Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII 258ff. Zur Frage des Bürgerrechts der Chrematisten sind auch die folgenden Darlegungen des Textes (S. 254) über die Ergänzung von Flor. 55, $_{11}$ heranzuziehen.

[4]) Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 23, „wenn wir den Fall von Tor. 13 verallgemeinern dürfen“ (s. auch Erbstreit 21, $_2$ [Schr. d. wiss.

wird das Gericht nur aus zwei Männern gebildet. Zweifelhafter ist Flor. 55. Auch hier sind, wie eben dargelegt, die beiden T. Flavii Apollodorus und Publienus genannt, dann aber folgt in Z. $_{11}$ nach der Lücke das bekannte Demotikon *'Ἀλθαιεύς* und hierauf erst die Bezeichnung der Männer als *οἱ τὰς ἐντεύξεις* [*διαλέξαντες*]. Daß *'Ἀλθαιεύς* zu dem vorhergehenden *Ποπλιενός* gehörte, ist unwahrscheinlich. Denn wenn es auch vorkommt, daß ein römischer Bürger seinem offiziellen Namen noch Phyle oder Demos seiner Heimat hinzufügt[1]), so wäre es doch auffallend, wenn das hier nur bei einem der beiden Männer geschähe. Und was hätte dann in der vorhergehenden Lücke gestanden? Man würde kaum an etwas anderes als an die Phyle denken können: aber auch mit den längsten dafür in Betracht kommenden Bezeichnungen[2]) wäre der Raum nicht ausgefüllt. So darf die Möglichkeit nicht schlechthin zurückgewiesen werden, daß vor *'Ἀλθαιεύς* noch ein dritter Richter[3]) genannt war, von dem es dann allerdings fraglich wäre, ob er römisches Bürgerrecht hatte. — Als unbedingt sicher und eine für alle Fälle geltende Regel ist übrigens die Dreizahl auch für die ptolemäische Zeit nicht anzusehen. Sie beruht auf der Inschrift von Ghazin $_{10}$ff. (Chrest. II 2) und Tor. 13 $_{5}$ff. (Chrest. II 29), wo die Chrematisten, und zwar jedesmal drei mit Pa-

---

Ges. in Straßburg 1912, 13]); Mitteis, Grundz. 4 „soweit bis jetzt bekannt"; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 120. 125.

1) So z. B. BGU. 578, $_{4}$ [*παρὰ Λουκίου 'Ἀντ*]*ωνίου Μ*[*ίνο*]*ρος 'Ἀντινοέως 'Ἀθηναιεὺς ὁ καὶ 'Ἐριχθόνιο*(*ς*) (sic); BGU. 709, $_{24}$; BGU. 1022, $_{3}$ff. Überall handelt es sich hier um Städter aus Antinoupolis: für Alexandriner ist mir kein Beispiel bekannt.

2) *Προπαπποσεβάστειος ὁ καὶ* wären beispielsweise 22 Buchstaben, die Lücke verlangt aber gegen 30.

3) Ich habe auch die Möglichkeit erwogen, ob in der Lücke von Flor. 55, $_{11}$ etwa der *εἰσαγωγεύς* der Chrematisten genannt war, auf den dann das Demotikon bezogen werden müßte. Aber dagegen spricht, daß auch in ptolemäischer Zeit dieser Geschäftsführer des Gerichts zwar oft neben den Chrematisten, aber nie unter ihnen, d. h. als Mitglied des Kollegiums genannt ist und daß er an der Urteilsfällung nicht beteiligt ist: vgl. namentlich Inschr. v. Ghazin (Chrest. II 2); Rev. Laws 15, $_{4}$f.; Petr. III 25, $_{7}$ff. $_{63}$ (Chrest. II 30); Tor. 13, $_{4}$ff. $_{26}$; ferner die unten (S. 263) näher zu behandelnde Tatsache, daß der *εἰσαγωγεύς* als solcher in römischer Zeit überhaupt nicht mehr nachweisbar ist.

tronymikon, an letzterer Stelle auch mit Demotikon genannt sind. Sehr viel fraglicher steht es in Petr. III 25 (Chrest. II 30). Hier werden wie in Tor. 13 die Richter am Kopf des Urteils mit Namen aufgeführt. Es heißt: [7] *Παρ' 'Αλκιδήμου* . . [. . . . .] [8] *'Αρτεμιδώρου τῶν τὰ προσπίπτο[ν]-* [9] *τα χρηματιστῶν*. Die Zeilen haben durchschnittlich eine Länge von (im ganzen) 22—25 Buchstaben.[1]) Sieht man Alkidemos als den ersten, Artemidoros als den dritten Richter an, so würde der Raum zwar für einen weiteren Namen und zwei *καὶ* reichen, aber sicher nicht mehr für die Vaternamen der Richter. Das müßte, trotzdem die Urkunde eine Abschrift[2]) enthält, nicht nur deswegen befremden, weil diese Art der Bezeichnung in ptolemäischer Zeit allgemein üblich ist, sondern namentlich auch darum, weil unmittelbar vorher ($_6$) der *εἰσαγωγεύς* (vgl. $_{63}$) des Gerichts als *Ζώιλος τοῦ 'Ηφαιστίωνος* aufgeführt ist: der vollständige und darum ehrenvollere Name, der dem Geschäftsführer gewährt wurde, konnte den Mitgliedern des Gerichts nicht gut versagt bleiben. So ist also möglich — mehr soll nicht behauptet werden — daß auch hier nur zwei Chrematisten das Urteil fällten und daß in Z. $_7$f. zu ergänzen ist *'Αλκιδήμου το[ῦ*[3]) *δεῖνος καὶ* zweiter Richtername *τοῦ] 'Αρτεμιδώρου*. Auch Petr. III 20 $_{\text{III}}$ (Arch. f. Pap. I 285) ist hier zu nennen. Mahaffy ergänzt: *ὑπόμνημα Νικοκλεῖ καὶ [τοῖς ἄλλοις?] χρηματισταῖς παρὰ Φαμῆτος κτλ.*, aber sollte der Gesuchsteller wirklich an „Nikokles und Genossen" adressiert haben? Liegt es nicht viel näher, einen zweiten Namen in der Lücke zu vermuten[4]), die damit dann ausgefüllt wäre? Für einen Dritten wäre also kein Raum mehr.

Daß die Zuständigkeit der in römischer Zeit in Alexandrien nachweisbaren Chrematisten eine andere war als die

[1]) Das ergibt sich aus Z. $_{6 \cdot 8 \cdot 10 \cdot 16 \cdot 17 \cdot 18 \cdot 22 \cdot 23}$ mit Sicherheit.

[2]) Auch P. Tor. 13, der die Vaternamen angiebt, ist eine Abschrift.

[3]) Vielleicht läßt sich am Original erkennen, ob die Spuren vor der Lücke besser zu *κα[ὶ* oder zu *το[ῦ* passen: das würde für die hier aufgeworfene Frage entscheidend sein.

[4]) Die Vaternamen fehlen hier auf jeden Fall: aber es ist ein Unterschied zwischen einer Eingabe an die Beamten und einem offiziellen von ihnen ausgehenden Akt wie dem Urteil. Übrigens haben wir auch hier offenbar eine Abschrift vor uns.

der ptolemäischen in der χώρα, wurde schon erwähnt (S. 249f.). Insbesondere kann keine Rede davon sein, daß sie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten eine ähnliche Gerichtsbarkeit ausgeübt hätten wie jene Wanderrichter. Sicher nachweisbar sind sie nur beim χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας und ἐμβαδείας.[1]) Gewiß liegen darin tiefgreifende Verschiedenheiten: über die Frage, wie sie entstanden sind und welcher Zeit sie angehören, kommen wir beim heutigen Stande unserer Quellen nicht über Zweifel hinaus.[2])

5. So verschieden sich aber auch das Gebiet und der Umfang der Tätigkeit der ptolemäischen (ländlichen) und römischen (hauptstädtischen[3])) Chrematisten unsern Blicken darstellt, um so mehr Ähnlichkeiten wird uns das Verfahren vor diesen und jenen aufweisen, wenn wir in die Untersuchung eintreten, ob die Formen, in denen sich das Erwirken und Erlassen des χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας und ἐμβαδείας vollzog, römisches oder griechisch-ptolemäisches Gepräge tragen. Ehe wir aber auf das einzelne eingehen (S. 267ff.), ist es erforderlich, die Vorfrage nach dem Verhältnis des Erzrichters zu den Chrematisten zu stellen. Auch hierfür dürften die Anknüpfungspunkte schon in der Gerichtsverfassung und dem Prozeß der Königszeit zu suchen sein, gleichviel wann es die Ausgestaltung erhielt, in der es uns in den Urkunden der Kaiserzeit entgegentritt. Denn nur um die Grundzüge handelt es sich bei diesen Untersuchungen: daß andererseits manche und vielleicht viele und wichtige Einzelheiten, was den Erzrichter und insbesondere auch das Mahn- und Vollstreckungsverfahren anlangt, erst von den Römern herrühren, soll selbstverständ-

---

[1]) Zweifelhafte Fragen, ob ihr Geschäftskreis nicht vielleicht doch ein ausgedehnterer war, sollen an ihrer Stelle zur Sprache kommen.

[2]) Vgl. oben S. 249f. Ich möchte nicht einmal darüber eine Vermutung wagen, ob die Chrematisten auf dem Lande erst von den Römern oder schon von den Ptolemäern des ersten Jahrhunderts beseitigt sind.

[3]) Ich glaube jetzt diese kurzen Bezeichnungen gebrauchen zu dürfen, ohne fernerhin hinzufügen zu müssen, daß sie sich nur auf das Erscheinen der Chrematisten in unseren Quellen beziehen, und daß damit über den Ursprung der alexandrinischen Chrematisten nichts gesagt sein soll.

lich durch die Behauptung ptolemäischen Ursprunges nicht in Abrede gestellt werden.

Man hat den Erzrichter als Chef der Justizverwaltung angesehen, dem die Oberaufsicht über die in seinem Titel *πρὸς τῇ ἐπιμελείᾳ τῶν χρηματιστῶν καὶ τῶν ἄλλων κριτηρίων* inbegriffenen Gerichtshöfe und deren Zusammensetzung obgelegen habe, „ein Wort, das den Begriff einer obersten Richterinstanz ebenso aus-, wie es den der Verwaltung einschließt".[1]) Gewiß könnte der Ausdruck *ἐπιμελείᾳ* auf eine verwaltende Tätigkeit bezogen werden, und die Möglichkeit, daß der Erzrichter auch mit der Dienstaufsicht über Gerichte und richterliche Beamte betraut war, muß zugegeben werden.[2]) Aber die Ansicht, daß der Titel notwendig zu einer solchen Auffassung zwinge und daß damit die einzig zulässige Erklärung für ihn und das Amt gegeben sei, geht entschieden zu weit. Schon die Bezeichnung des Beamten als Erz'richter' (*ἀρχι-δικαστής*) spricht nicht zu ihren Gunsten. Auch weist, wie schon hervorgehoben, die älteste Urkunde, die seiner gedenkt, Hal. 10[3]), so dürftig ihre Reste sind, allem Anschein nach auf eine richtende Tätigkeit hin. Aber auch, wenn man dies lediglich als Überrest einer älteren Zeit gelten lassen wollte, so ist um so mehr zu betonen, daß auch aus der Kaiserzeit bisher kein Akt von Verwaltungstätigkeit des Erzrichters bekannt geworden ist[4]): so oft wir diesem Beamten begegnen, übt er freiwillige oder streitige Gerichtsbarkeit aus. Als Justizminister darf er nicht aufgefaßt werden.

[1]) Schubart, Arch. f. Pap. V 67ff.; vgl. Mitteis, Grundz. 9.

[2]) Wir werden auf diesen Punkt zurückkommen müssen, wenn wir zu positiven Ergebnissen über das Verhältnis des Erzrichters zu den Chrematisten gelangt sind (S. 266). Aber schon hier mag darauf hingewiesen werden, daß auch im heutigen Rechtsleben die Übertragung von Akten der Justizverwaltung (z. B. Anstellung und Beaufsichtigung von Referendaren, Gerichtsschreibern, Gerichtsvollziehern u. dergl.) an richterliche Beamte nichts Seltenes ist.

[3]) Vgl. oben S. 248. Schubart (Anm. 1) kannte die Urkunde noch nicht.

[4]) In Oxy. 705 vollzieht der Erzrichter keine Amtshandlung: die Errichtung der Stiftung, um deren Genehmigung er sich an die Kaiser wendet, ist für ihn eine persönliche Angelegenheit. Preisigke, Girowesen 296, sieht in der Behandlung der Handscheine und der *συγχώρησις*-

Auch die Meinung, daß der *ἀρχιδικαστής* als Oberrichter im Sinne einer höheren Instanz aufzufassen wäre, hat ihr Bedenkliches. Zwar hat sie jetzt insofern eine Anlehnung in den Quellen gefunden, als gerade im alexandrinischen Rechtskreis durch Hal. 1, $_{68}$f. das Vorkommen einer Berufung erwiesen ist.[1]) Aber freilich auch nur die nackte Tatsache: alles Nähere, insbesondere auch die Frage nach dem Berufungsrichter muß dahingestellt bleiben. Indessen selbst wenn sich der Erzrichter für das dritte Jahrhundert v. Chr. in dieser Eigenschaft nachweisen ließe, so wäre damit für seine Stellung zu den Chrematisten der römischen Zeit noch wenig gewonnen. Und doch ist der Gedanke, ihn als höhere Instanz gegenüber diesem Gerichtshofe zu betrachten, auch an der Hand der römischen Urkunden nicht ganz abzuweisen: nämlich dann nicht, wenn ihm die richterliche Entscheidung über den Widerspruch (*ἀντίρρησις*) des Schuldners gegen den von den Chrematisten erlassenen Pfändungsbeschluß (*χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*) zukam. Ob das der Fall war, ob es insbesondere aus Giss. 34, $_{5}$ff. (Chrest. II 75) erschlossen werden kann, wird in anderem Zusammenhange zu erörtern sein.

Beim Zehnergericht der *χώρα* wird ein *πρόεδρος* als Leiter der Verhandlung genannt.[2]) Ebenso ist für die *δικαστήρια* in Alexandrien ein solcher Vorsitzender durch Hal. 1, $_{122}$ erwiesen[3]), und unter Augustus sind dort Protarchos beim '*κριτήριον*' und Achaios beim Hofgerichte bekannte Erscheinungen. Auch bei den Chrematisten hat

---

Urkunden, sowie in der Tätigkeit zur Durchführung hypothekarischer Ansprüche Beweise dafür, daß der Erzrichter Verwaltungsbeamter war. Der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist dabei übersehen und Mahn- und Vollstreckungsverfahren sind gewiß keine Akte der Verwaltung.

[1]) Vgl. Dikaiomata S. 61. 170.

[2]) Petr. III 21 (Chrest. II 3 [b], $_{2\text{-}8}$, [f], $_{2\text{-}7}$); Petr. III 21 (g), $_{4}$f. (Chrest. II 21).

[3]) Nach der Meinung der Herausgeber handelt es sich auch hier um das Zehnergericht (Dikaiomata S. 83. 167. 172); auf diese und die damit zusammenhängende Frage nach der Bedeutung des *ξενικὸν δικαστήριον* (Hal. 1, $_{164}$; dazu Dikaiomata S. 97. 173) kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden.

schwerlich der Vorsitzende gefehlt[1]): denn eine Verhandlung vor einem Kollegialgericht ist ohne Leitung durch einen einzelnen kaum denkbar. Dennoch dürfen wir nicht versuchen, dem Erzrichter eine solche Stellung bei den alexandrinischen Chrematisten zuzuweisen. Denn, ganz abgesehen davon, daß er sie bei den *ἄλλα κριτήρια* nicht hatte, war der Erzrichter nach unseren Urkunden ein neben dem Kollegium stehender Beamter, nicht sein Mitglied. In keinem der beiden Texte, welche die Chrematisten benennen, wird er als solches aufgeführt oder ist anzunehmen, daß er unter einem der Namen ohne Angabe seines Amtstitels verborgen sei. Im Gegenteil läßt Berl. 11664 $_1$, wenn hier auch sein Name nur verstümmelt erhalten ist ([. . . . .]*ρος ὁ καὶ Πολλίων*), doch deutlich erkennen, daß er mit keinem der beiden Richter (*Τ*[*ί*]*τοι Φλάουιοι Ἀπολλόδωρος καὶ Πο*[*πλιενό*]*ς*) verselbigt werden darf.

Schließlich muß es auch als ausgeschlossen gelten, daß die Chrematisten etwa als Beirat des Erzrichters aufgefaßt werden könnten. Weder die römische (auch in den ägyptischen Urkunden[2]) häufig begegnende) Form, daß der Magistrat, nachdem er sich mit dem Konsilium (*συμβούλιον νομικός, φίλοι*) über den vor ihnen verhandelten Prozeß beraten hat, aus eigener Machtvollkommenheit das Urteil erläßt, noch die, wie es scheint, verwandte Gestalt der Verhandlung und Urteilsfällung aus ptolemäischer Zeit, wie sie uns z. B. in dem vor dem Gauvorsteher (*ἐπιστάτης*) und seinen Beisitzern (*συμπαρόντες*) verhandelten Prozesse des Hermias 117 v. Chr. entgegentritt[3]), noch auch die neuerdings aus

[1]) Möglich, daß es der an erster Stelle genannte Richter war: der Vorsitzende braucht ja nur primus inter pares, kein Vorgesetzter zu sein. In Hal. 1, $_{122}$f. cit. wird er für den einzelnen Fall aus der Zahl der Richter durch das Los bestimmt: das mag auch sonst vorgekommen sein. Aber Vermutungen haben hier wenig Wert.

[2]) BGU. 288, $_{14}$f. 613, $_{26}$f.; Catt. col. III, $_{18}$. IV, $_{12}$. IV, $_{19}$; CPR. 18, $_5$. $_{23}$f.; Oxy. 578 (?). 706, $_6$. 1102, $_8$; Teb. 286, $_{15}$ff. Das kaiserliche Konsilium erscheint mehrfach in den Alexandrinischen Märtyrerakten, zusammengestellt bei Wilcken, Abh. d. Sächs. Ges. d. Wiss. (phil.-hist. Kl.) XXIII 800ff. (vgl. auch Chrest. I 14. 20); neuerdings ist Oxy. 1242 hinzugekommen. Freilich handelt es sich hier überall um literarische Erzeugnisse.

[3]) Tor. 1, I $_3$ff. X $_1$ff. (Chrest. II 31). Ähnliche Urkunden s. bei

aus P. Straßb. Inv. 277, $_{34}$ff. vom Jahre 134 v. Chr.[1]) bekannt gewordene Art der Berichterstattung der Gehilfen (*συνακολουθοῦντες*) über die vor ihnen allein stattgefundene Verhandlung an den Richter, der dann das ihm an die Hand gegebene Urteil verkündet, diesem also bloß seine Amtsmacht leiht, keins von allem trifft hier zu. Denn der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und *ἐμβαδείας* geht in den uns vorliegenden Fällen lediglich von den Chrematisten aus. Der Erzrichter war nach unseren Texten weder an der Verhandlung, noch an der Beschlußfassung oder Verkündung beteiligt; nur die Zufertigung der vom Gericht erlassenen Schreiben an Strategen usw. war, wie oben dargelegt, seine Sache (vgl. S. 235. 237; auch 261).

Bessere Anknüpfungspunkte bietet die folgende Betrachtung.

In den Texten der ptolemäischen Zeit erscheinen die Chrematisten der *χώρα* regelmäßig in Verbindung mit einem *εἰσαγωγεύς*, dessen Name besonders dann, wenn die Mitglieder des Kollegiums nicht aufgeführt werden, zur Bezeichnung des einzelnen Gerichtshofes verwendet wird: *χρηματισταὶ ὧν εἰσαγωγεὺς Δεξιός.*[2]) Es ist wichtig, sich klar

---

Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 109ff. Das Urteil weist anders als bei den römischen Behörden den Plural (*εἴπαμεν*) auf. Es kann fraglich sein, ob damit (sog. pluralis maiestatis) nur die Meinung des Richters ausgedrückt oder ob betont werden soll, daß auch die Ratsmänner ihm zugestimmt haben. Par. 16, wo nur der Richter genannt ist und es in der Urteilsformel doch heißt *εἴπαμεν* ($_{22}$), ist kaum entscheidend, denn in den uns vorliegenden Abschriften haben oft Kürzungen stattgefunden. Man muß also mit der Möglichkeit rechnen, daß die Namen und überhaupt die Erwähnung der Ratsmänner, wie so häufig in den römischen Protokollen, weggelassen sind. Mir scheint das näherzuliegen, als die Annahme eines Verstoßes gegen das Herkommen. Denn daß die Ratsmänner in Fällen wie dem von Par. 16 üblich, wenn nicht gar vorgeschrieben waren, wird man doch wohl aus den parallelen Urkunden schließen müssen. Vgl. Semeka 115f.

[1]) Gradenwitz, Preisigke, Spiegelberg, Ein Erbstreit aus d. ptolemäischen Ägypten S. 33f. (= Preisigke, Sammelbuch 4512). Vgl. Gradenwitz in der Ausgabe S. 10f.

[2]) So Amh. 33, $_{10}$f.; Fay. 11, $_{26}$. 12, $_{28}$ (Chrest. II 14. 15); Straßb. dem. 18, $_{10}$ (Schrift. d. wiss. Ges. 1912 Heft 13 S. 51); Teb. 29, $_{1}$ (Chrest. II 24); Tor. 1, $_{II\ 6}$. $_{III\ 26}$ (Chrest. II 31); Tor. 3, $_{36}$ (= Par. 14); Tor. 4, $_{11}$.

zu machen, welche Verrichtungen ihm oblagen und welche nicht.

Deutlich lassen die Quellen erkennen, daß er den Verkehr zwischen dem Gerichtshofe und den Parteien vermittelte. Er gab diesen Nachricht von dem bevorstehenden Eintreffen des Gerichts[1]); er sorgte für die Ausführung der Ladung[2]), indem er dem Beklagten eine Abschrift der *ἔντευξις* zustellen ließ, ihm den Verhandlungstermin bekannt gab und ihn zum ordnungsmäßigen Erscheinen aufforderte.[3]) Auch die Gegenschriften des Beklagten scheinen bei ihm eingereicht zu sein.[4]) War das Urteil gesprochen, so war es Sache des *εἰσαγωγεύς*, es ausfertigen zu lassen[5]) und dem Gerichtsvollzieher (*ξενικῶν πράκτωρ*) Anweisung zur Ausführung der vom Gericht angeordneten Vollstreckung zu erteilen.[6]) Überhaupt scheint das Aktenwesen in seiner Hand gelegen zu haben und die aufgelaufenen Protokolle des Gerichts wenigstens so lange in seiner Verwahrung gewesen zu sein[7]), bis sie an das dafür bestimmte Archiv ab-

---

Auch sonst begegnet der *εἰσαγωγεύς* der Chrematisten öfter: Inschr. v. Ghazin (Chrest. II 2); Grenf. I 40 (Chrest. II 25); Petr. III 25, $_{63}$ (Chrest. II 30); Rev. Laws 15, $_4$f. (Chrest. I 258); Berl. Inv. 11306, $_1$ (Schubart, Papyri graecae Berolinenses 6 a. b = Preisigke, Sammelbuch 3925); Tor. 13, $_{26}$ (Chrest. II 29). Vgl. aus der Literatur besonders Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 23ff. und Schr. d. Wiss. Ges. in Straßburg 1912, Heft 13 S. 21; Zucker, Philol. Suppl. XII 55; Mitteis, Grundz. 4f.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 125ff.; Dikaiomata S. 32. 128. 173.

[1]) Grenf. I 40; dazu Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 24; Mitteis, Chrest. S. 21; Wilcken in Dikaiomata S. 203, $_5$. Für die hier interessierende Frage trägt die Urkunde kaum etwas aus, da sie wandernde Chrematisten voraussetzt, und das sind die von Alexandrien vermutlich nie gewesen. Vgl. S. 288.

[2]) Hier ist nur von der amtlichen Ladung die Rede: vgl. Mitteis, Grundz. 17f. und Chrest. 24 Einl. (S. 20).

[3]) Berl. Inv. 11306 (S. 260f., $_2$). Beschlossen wurde die Ladung durch das Gericht: Fay. 11, $_{25}$ff. 12, $_{26}$ff. Näheres unten S. 285.

[4]) Man darf das wohl aus der Adresse des Gesuches um Vertagung in Teb. 29, $_1$ (Chrest. II 24) schließen: *τοῖς χρηματισταῖς ὧν εἰσαγωγεὺς Δω[. . . .]*. Auch der in dieser Urkunde ($_9$) erwähnte *χρηματισμός* des Beklagten wird denselben Weg genommen haben.

[5]) Tor. 13, $_{26}$ (Chrest. II 29); Petr. III 25, $_{63}$ (Chrest. II 30). Vgl. S. 262, $_2$. [6]) Tor. 13, $_1$ff.; vgl. $_{26}$.

[7]) Nach Hal. 1, $_{40}$ soll der *εἰσαγωγεύς* bei der *δίκη ψευδομαρτυρίου*

geliefert wurden. Alles in allem kennzeichnet sich demnach der *εἰσαγωγεύς* der Chrematisten als der Geschäftsführer des Gerichts: so hat man ihn mit Recht schon öfters bezeichnet. Nicht aber darf man ihm nach den vorliegenden Quellen eine *ἡγεμονία δικαστηρίου* im Sinne des attischen Rechts zuschreiben.[1]) Weder läßt sich nachweisen, daß er eine Entscheidung zu treffen hatte, ob die Streitsache zur Einführung geeignet (*εἰσαγώγιμος*) sei, noch haben wir irgendein Anzeichen dafür, daß er — was zwar für den einführenden Beamten auch sonst nicht notwendig ist, aber doch vorkommt — den Vorsitz in der Hauptverhandlung geführt habe: dagegen spricht vielmehr, daß er bei Aufzählungen der Chrematisten in offiziellen Akten nicht unter diesen, sondern getrennt und zwar in der gewiß die amtliche Rangordnung aufweisenden Weihinschrift von Ghazin nach ihnen genannt wird.[2]) Sogar das muß zweifelhaft bleiben, ob der *εἰσαγωγεύς* überhaupt bei der Hauptverhandlung beteiligt war: ist es doch in Ägypten wie auch sonst

---

die *δικαιώματα* des alten Prozesses im neuen vorlegen: sie waren also in seiner Obhut. Dies wird zwar für das alexandrinische *δικαστήριον* vorgeschrieben: die Ausdehnung auf alle Gerichte in Ägypten, die einen *εἰσαγωγεύς* hatten, dürfte aber wohl unbedenklich erscheinen. Vgl. auch Petr. III 21 (g), $_{41}$f. (Chrest. II 21) vom Zehnergericht der *χώρα*.

[1]) Der Punkt soll hier nur gestreift werden. Auf das *εἰσάγειν* außerhalb Ägyptens (und auch in Ägypten, abgesehen von den Chrematisten) kann noch nicht eingegangen werden; es handelt sich im Text zunächst nicht um die Frage, wie weit dieser Begriff gemeingriechisch ist, sondern nur darum, ob und inwieweit das, was wir vom *εἰσαγωγεύς* der Chrematisten wissen, auf den *ἀρχιδικαστής* Anwendung findet. Im übrigen sei vorläufig auf die wichtigste Literatur über das *εἰσάγειν* verwiesen: Lipsius, Att. Recht u. Rechtsverfahren I 53ff., III 829ff. 845ff. 901ff.; Caillemer bei Daremberg-Saglio I 261ff., II 502ff.; Thalheim in Wissowa-Kroll, Realenzykl. I 2050f., V 2138; Hitzig, Altgriech. Staatsverträge 55ff.; Leisi, Der Zeuge im attischen Recht 81ff.; Naber in Mnemosyne XXVIII 65ff.; Bonner, Evidence in Athenian Courts 48ff.

[2]) Inschr. v. Ghazin (Chrest. II 2): *Βασιλεῖ — καὶ βασιλίσσηι — χρηματισταὶ οἱ — κεχρηματικότες* — drei Namen — *καὶ εἰσαγωγεὺς* — Name — *καὶ γραμματεὺς* — Name — *καὶ ὑπηρέτης* — Name —; Petr. III 25, $_{5}$ff. (Chrest. II 30): Ausfertigung des Urteils *διὰ Ζωίλου* ($_{63}$ *εἰσαγωγέως*), Erlaß des Urteils *παρ'* — Namen — *τῶν* — *χρηματισάντων*; Tor. 13, $_{4}$ff.: *χρηματισταὶ* — Namen — *οἱ* — *κρίνοντες*. Ausfertigung ($_{26}$) *δι' εἰσαγωγέως Ἀρτεμιδώρου*. Näheres hierüber s. in der S. 260f., $_{2}$ angeführten Literatur.

im griechischen, selbst im attischen Rechtsgebiet eine offene Frage, ob die 'Einführung' (εἰσάγειν) des Rechtsstreites und der Parteien vor dem erkennenden Gericht in einer formalen Prozeßhandlung des Beamten bestanden hat. Spuren dafür sind meines Wissens weder hier noch dort bekannt geworden.

Die vorstehenden Ausführungen betreffen die Chrematisten der χώρα: demgegenüber muß betont werden, daß, wenn in Alexandrien Chrematisten tätig sind, gleichviel ob sie genannt werden (Flor. 55; Berl. 11664) oder nicht (BGU. 239. 1038; Flor. 56), kein εἰσαγωγεύς erwähnt wird. Überhaupt ist er den Urkunden der römischen Zeit fremd.[1]) Die Geschäfte aber, die ihm bei den ptolemäischen Chrematisten zufielen, besorgte bei denen der Hauptstadt der ἀρχιδικαστής. Wir können das in unserer trümmerhaften Überlieferung zwar nicht für alle, aber doch für einzelne und, wie ich meine, besonders wichtige Punkte nachweisen.[2])

Vor allem erklärt sich auf diese Weise die auffallende Tatsache, daß der χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας und ἐμβαδείας von den Chrematisten, das Sendschreiben aber, das ihn den Ortsbehörden übermittelte, vom Erzrichter erlassen wurde.[3]) Man vergleiche in dieser Hinsicht Tor. 13 (Chrest. II 29) mit Berl. Inv. 11664 (oder sonstigen Pfändungsakten). In der ersteren Urkunde erkennen die Chrematisten zu Memphis für Recht (Z. $_{23}$f.): συνεκρίναμεν — γρ[άψαι τῶι ση]μαινομέ[νωι][4]) πράκτορι, συντελεῖν κτλ. Unter dem Urteil steht der Vermerk δι' εἰσαγωγέως Ἀρτεμιδώρου τοῦ . . . ., und dieser Beamte führt den richterlichen Befehl aus, indem er

---

[1]) Es handelt sich hier natürlich nur um den εἰσαγωγεύς der Gerichtshöfe: sonstige Beamte dieses Namens, wie Fay. 23[a], $_3$ und Hamb. 18, I $_2$. II $_2$. $_7$. $_{12}$, III $_2$. kommen nicht in Betracht.

[2]) Die Vergleichung versagt selbstverständlich da, wo überhaupt keine gleichen Verhältnisse in Betracht kommen, z. B. wenn es sich um Obliegenheiten handelt, die mit der Eigenschaft der Chrematisten in der χώρα als Wanderrichter zusammenhängen (S. 261, $_1$) oder die sich auf die kontradiktorische Verhandlung vor dem Kollegium beziehen (S. 261, $_3$), von der wir in der Kaiserzeit nichts wissen.

[3]) Die Nachweise für den Erzrichter sind oben S. 235f. und 237f., die für den εἰσαγωγεύς S. 261, $_5$. $_6$ gegeben.

[4]) Vgl. Z. $_{15}$: ξενικῶν πράκτορι.

an den Gerichtsvollzieher schreibt (Z. $_1$ff.): *Τῶι — ξενικῶν πράκτορι. Τῆς γεγενημένης ὑπογραφῆς ὑπόκειται τὸ ἀντίγραφον· ἐπιτε[λε]σθήτωι οὖν κτλ.* Entsprechend lautet in dem andern Stück der Beschluß der alexandrinischen Chrematisten: *συνεκρείναμ[ε]ν γραφῆναι καὶ π[ε]μφθῆναι τῆς [ἐντεύξ]εως ἀντίγραφον [τῷ]—[-στ]ρατηγῷ καὶ τῷ—ξενικῶν πράκτορι κτλ.*, die angeordneten Schreiben aber werden vom Erzrichter erlassen (S. 235. 237): das auf uns gekommene an den Strategen lautet (Z. $_1$ff.): *Τῆς τελ(ειωθείσης) ἐνεχυ(ρασίας) [ἀντίγρ(αφον)] ὑπόκ(ειται) κτλ.* Diese zum Teil bis auf den Wortlaut übereinstimmenden, um 280 Jahre auseinander liegenden Aktenstücke zeigen trotz einzelner Verschiedenheiten[1]) deutlich, daß die Ausfertigung[2]) des Urteils und die Übermittelung an die in Betracht kommenden Stellen, die Erteilung der nötigen Befehle[3]) an sie, mit einem Worte die Fürsorge für die Ausführung der Beschlüsse der Chrematisten vom *εἰσαγωγεύς* auf den *ἀρχιδικαστής* übergegangen ist. — Als sicher darf ferner gelten, daß sofern ein Widerspruch (*ἀντίρρησις*) gegen den *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* der Chrematisten zulässig war, er beim Erzrichter eingelegt oder wenigstens durch ihn vermittelt wurde.[4])

---

[1]) Eine Verschiedenheit (Versäumnisurteil in Tor. 13, Exekutivurkunde bei Berl. 11664) wurde oben S. 249 schon berührt. Eine andere liegt darin, daß in Tor. 13 nur ein Schreiben an den Praktor, in Berl. 11664 wie überhaupt im *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*, ein Schreiben an diesen und den Strategen vorgesehen wird. Nur letzteres ist in unseren Aktenstücken erhalten (vgl. oben S. 235f.): um so bezeichnender ist, daß auch bei ihm die im Text behandelte Parallele deutlich zutage tritt.

[2]) Darunter ist die Herstellung eines (auf der Kanzlei anzufertigenden) mit der (auf der Kanzlei zurückbleibenden) Urschrift gleichlautenden Exemplars zu verstehen. Eine Verschiedenheit rein äußerlicher Art liegt darin, daß in Tor. 13 (ebenso wie beim Zehnergericht in Petr. III 25) die Beglaubigung der Ausfertigung durch den *εἰσαγωγεύς* persönlich, bei den *χρηματισμοί* der römischen Zeit aber durch Kanzleipersonal erfolgte. Übrigens soll mit diesen und den obigen Bemerkungen über die Ausfertigung nichts über die Abfassung des Urteils (in Urschrift) gesagt sein. Wer diese vornahm, ob dabei auch Hilfskräfte, ob die Kanzlei mitwirkte, wissen wir nicht: das wird wohl damals wie heutzutage Internum des Kollegiums gewesen sein.

[3]) So schon der *εἰσαγωγεύς* in Tor. 13, $_2$ cit. Daß die Formulierung in der römischen Zeit abweicht, kann nicht in Betracht kommen.

[4]) Das ist allgemeine Ansicht (Mitteis, Chrest. S. 251; Schwarz,

Es wird wohl nicht zu kühn sein, die angeführten Tatsachen dahin zu verallgemeinern, daß in römischer Zeit der Verkehr der Behörden und Privaten mit den Chrematisten durch die Hände des Erzrichters ging, daß dieser also, wie einst der εἰσαγωγεύς in der χώρα, als ihr Geschäftsführer angesehen werden muß. Diese seine Eigenschaft tritt um so deutlicher hervor, als die Vergleichung auch nach der negativen Seite hin durchgeführt werden kann. Denn, wie schon hervorgehoben (S. 258f.), ist der ἀρχιδικαστής — ebenso wie der εἰσαγωγεύς (S. 262f.) — nicht als Vorsitzender des Kollegiums anzusehen und erscheint eine Beteiligung des einen wie des andern an der Urteilsfällung und Beschlußfassung nach den uns erhaltenen Aktenstücken als ausgeschlossen.

Die vorstehenden Erörterungen sollen nur ein Versuch sein, das Verhältnis des Erzrichters zu den Chrematisten, genauer zu ihrer gerichtlichen Tätigkeit, klarzulegen: weder soll damit etwas über den Ursprung[1]) des Amtes gesagt, noch sein Inhalt und Umfang erschöpfend gekennzeichnet sein. Können wir doch nachweisen, daß der Erzrichter neben der hier besprochenen Wirksamkeit noch in weitem Maße freiwillige und streitige Gerichtsbarkeit[2]) zu versehen hatte, die mit den Chrematisten in keinem erkennbaren Zusammenhange stand.[3])

Hypothek u. Hypallagma 83; vgl. auch Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 38f.). In wie weit sie durch Lond. III 132f. Nr. 908 und Giss. 34 gestützt wird, und welche Behörde über den Widerspruch zu entscheiden hat, wird unten erörtert werden, Vgl. auch Oxy. 68, wo der Widerspruch aber nur gegen ein διαστόλικον, nicht gegen eine ἐνεχυρασία gerichtet ist.

[1]) Vgl. oben S. 248.

[2]) Auf Einzelheiten kann und braucht hier nicht eingegangen, insbesondere auch nicht untersucht zu werden, ob neben der besonderen Delegation auch allgemeine Betrauung mit streitiger Gerichtsbarkeit anzunehmen ist.

[3]) Es ist deshalb im vorstehenden auch mit Absicht nirgends gesagt, der ἀρχιδικαστής 'ist' der εἰσαγωγεύς der Chrematisten oder als solcher anzusehen. Nur das soll behauptet werden, daß die Geschäfte jenes, soweit sie für die Chrematisten der Kaiserzeit noch in Betracht kommen, auf ihn übergegangen sind.

Schließlich ist noch einmal[1]) daran zu erinnern, daß möglicherweise mit der Geschäftsführung für die Chrematisten auch eine Dienstaufsicht des Erzrichters über das Gericht und seine Mitglieder verbunden war. Der Ausdruck *ἐπιμελείᾳ* in seinem oft erwähnten Amtstitel würde freilich durch die erstere allein schon erklärt sein, denn an und für sich bedeutet er nur 'Fürsorge': damit kann eine Vorstandschaft verbunden sein, braucht es aber nicht. Namentlich wegen der *ἄλλα κριτήρια*, die neben den Chrematisten genannt werden, ist es angebracht, den Gesichtspunkt der Über- und Unterordnung im Auge zu behalten. Denn da diese nach allem, was wir wissen, mit dem Mahn- und Vollstreckungsverfahren nicht befaßt waren, ist es fraglich, ob der Erzrichter ihnen gegenüber wie bei den Chrematisten als Geschäftsführer im obigen Sinne in Betracht kam. Ausgeschlossen ist das nicht schon deswegen, weil diese Gerichtshöfe ihre besonderen Vorsitzenden hatten, denn auch beim Zehnergericht und den *δικαστήρια* in Alexandrien fielen die Rollen des Vorsitzenden und des *εἰσαγωγεύς* verschiedenen Männern zu.[2]) Aber es darf doch nicht übersehen werden, daß unter Augustus häufig Eingaben um Errichtung einer *συγχώρησις* bei Protarchos und Achaios[3]) den Beamten *ἐπὶ τοῦ κριτηρίου* und *ἐν τῆι αὐλῆι κριτηρίου* eingereicht und offenbar auch von ihnen entgegengenommen werden, während gleichzeitig solche an den *ἀρχιδικαστής* vorkommen. Das muß uns zum mindesten daran hindern, diesen Gerichtsvorsitzenden die Verrichtungen des *εἰσαγωγεύς* ohne weiteres abzusprechen.[4]) Der Boden, auf dem wir uns hier bewegen, ist zu unsicher, um bestimmtere Behauptungen nach der einen oder andern Seite aufzustellen.

---

[1]) Vgl. oben S. 257.

[2]) Vgl. für die Zehner Petr. III 21 (g), $_4$f. (Chrest. II 21): *ἐπὶ προ-[έδρου* und ebendort $_{33}$. $_{41}$ über den *εἰσαγωγεύς*; für die *δικαστήρια* in Alexandrien Hal. 1, $_{40}$ (*εἰσαγωγεύς*), $_{122}$ (*πρόεδρος*).

[3]) An Protarchos auch eine Eingabe anderen Inhalts: BGU. 1105; vgl. oben S. 251.

[4]) Vollends würde das bedenklich sein, wenn wir die in Teb. 7 vom Jahre 114 v. Chr. (Chrest. II 7) erwähnten Beamten, wie es die Herausgeber der Dikaiomata S. 167 (vgl. auch 128) tun, mit denen, die unter Augustus die *συγχωρήσεις* aufnahmen, gleichsetzen müßten. Aber es ist

6. Von der größten Bedeutung für die Frage nach der ptolemäischen Herkunft der Chrematisten in Alexandrien und des sich vor ihnen abspielenden Vollstreckungsverfahrens ist die Tatsache, daß dieses Verfahren durch einen Schriftsatz eingeleitet wurde, welcher im technischen Sprachgebrauch den Namen *ἔντευξις* führte. (Flor. 55 [$_4$]. $_{11}$. $_{12}$. $_{15}$. $_{18}$; Berl. 11664 $_7$. $_8$. $_{14}$; BGU. 1038 $_{13}$. [$_{15}$? $_{16}$]; BGU. 239 [$_{10}$. $_{12}$. $_{13}$]; Flor. 56 $_6$. $_7$. $_9$ (vgl. oben S. 234. 236). Die allgemeine Bedeutung des Wortes[1]) ist Eingabe an den König. Nun ist nicht zu bezweifeln, daß in der Tat viele dieser *ἐντεύξεις* an den König oder wenigstens an die dafür beim Hofe bestehende Zentralstelle gelangten, dort bearbeitet und durch *ὑπογραφή* beschieden wurden.[2]) Diejenigen aber, welche den Rechtsschutz des Königs in privaten Angelegenheiten erbaten, wurden, wenn dafür die Kollegialgerichte[3]),

---

mir fraglich, ob in Teb. 7 die *κριτήρια* im engern Sinne im Gegensatz zu den *δικαστήρια* von Alexandrien (die einen besondern *εἰσαγωγεύς* hatten: S. 266, $_2$) verstanden werden müssen. Der hier erlassene Befehl mußte, wenn er sich auch gerade auf Alexandrien bezog, doch an alle Behörden, denen die gedachten Eingaben vorgelegt werden konnten, gerichtet sein: dadurch erklärt sich auch die sehr allgemein klingende Bezeichnung: *μηθένα τῶν ἐπὶ τῶν κριτηρίων* (man beachte den Plural!) *καὶ τῶν ἄλ[λ]ων τῶν πρὸς χρείαις*. So muß *κριτήρια* hier doch wohl im weiteren Sinne als Gerichtshöfe schlechthin verstanden werden. Vgl. auch oben S. 251, $_4$.

[1]) Vgl. über die ptolemäische *ἔντευξις* Laqueur, Quaest. epigr. et papyrologicae 2ff.; Wilcken, Arch. f. Pap. IV 224. VI 276; Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 33ff.; Meyer, Klio VI 424. 459ff. VII 289ff.; Gerhard, Philol. LXIII 518f.; Preisigke, Klio VII 257ff.; Zucker, Philol. Suppl. XII 6ff.; Mitteis, Grundz. 2. 13ff.; Lesquier, Pap. Lille II (Magd.) S. 15ff.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 10f. 27f. 259ff. Ich glaube nicht, daß man mit Mitteis, Grundz. 14, für *ἔντευξις* auch ein inhaltliches Merkmal, nämlich das der auf Rechtsschutz und Gerichtsverfahren gerichteten Eingabe, aufstellen darf. Werden doch die von Mitteis S. 2, $_4$ als 'Verwaltungssachen' aufgeführten Urkunden zum größten Teil als *ἐντεύξεις* bezeichnet.

[2]) So z. B. Teb. 43. Leid. G. H.; Inschr. Chrest. I 70; Pap. Fay. S. 49; Dittenberger, Inscr. Or. gr. 138; vgl. auch Ps. Aristeas 252 (Wendland). Näheres s. bei Meyer, Klio VI 459f. $_5$. VII 290; Preisigke, Klio VII 259, $_1$; Mitteis, Grundz. 2, $_4$. 13, $_6$; Zucker, Phil. Suppl. XII 9; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 10f. 27ff. 74. 80. 99f. $_1$. 124, $_1$. 194f. 260ff.; vgl. auch Wilcken, Grundz. 5ff.

[3]) Ob nur in solchen Fällen, mag hier dahingestellt bleiben.

insbesondere auch die Chrematisten zuständig waren, regelmäßig gar nicht an die höchste Stelle geleitet, sondern entweder in einem Vor- und Vergleichsverfahren[1]) oder, wenn dieses erfolglos blieb, von dem erkennenden Gericht durch Urteil erledigt. Dies sind die sogenannten *ἐντεύξεις εἰς τὸ τοῦ βασιλέως ὄνομα*.[2]) Das Anrufen des Königs als Gerichtsherrn war also hier ein ganz formaler Akt, die Delegation der Gerichte eine allgemeine und jedenfalls schon im dritten Jahrhundert v. Chr., vielleicht sogar schon in der altptolemäischen Gerichtsordnung, dem oft erwähnten '*διάγραμμα*' durchgeführt.

Auch in römischer Zeit hat das Wort seine Bedeutung festgehalten. Zwar ist meines Wissens aus Ägypten[3]) noch keine *ἔντευξις* bekannt geworden, die an den Kaiser selbst gerichtet wäre. Aber in allen Stellen, in denen der Ausdruck (bis in die byzantinische Zeit hinein) begegnet, ist seine Bedeutung als Eingabe an den Statthalter, den Vertreter des Kaisers im Lande, teils sicher, teils in hohem Grade wahrscheinlich.[4])

Bei den Eingaben, von denen wir ausgingen, kann diese Behauptung keinem Zweifel unterliegen. Sehen wir zunächst von ihnen ab, so bleiben folgende Stellen.[5])

---

[1]) Waren die Laokriten oder das *κοινοδίκιον* zuständig, so fand das Vorverfahren vor dem Strategen und Dorfvorsteher (*ἐπιστάτης*) statt. Bei den vor die Chrematisten gehörenden Sachen sind Vorverhandlungen vor diesen Beamten nicht nachweisbar und auch nicht wahrscheinlich. Darum scheiden letztere für unsere Darstellung aus. Über das besondere bei den Chrematisten Platz greifende Prüfungsverfahren (*ἐπὶ τῆς διαλογῆς*) s. unten S. 282ff.

[2]) Hal. 9, $_1$f.; Magd. 22, $_3$; Petr. II 2 (1), $_3$ (Chrest. I 337); Petr. II 12 (3) EE (S. 32 vgl. III S. 62); Petr. II 47, $_{10}$ (S. 154); Petr. III 64 (c) S. 185 (?). Genaueres s. in der S. 267, $_1$ angeführten Literatur.

[3]) Außerhalb Ägyptens bieten die Akten zum Dekret von Skaptoparene (Mommsen, Jur. Schr. II 175) ein Beispiel, denn in den Worten *Διογένης — ἐπὶ τὴν ἔντευξιν ταύτην ἐλήλυθεν* ist eine Bezugnahme auf die vorhergehende Eingabe (*δέησις* preces) an den Kaiser enthalten.

[4]) Vgl. Meyer zu Pap. Hamb. 29, $_{16}$ und dazu unten S. 272, $_1$.

[5]) Abgesehen werden muß auch von BGU. 1208, $_{12}$ [. . . . . *περὶ*] *ὧν ἔ[γρα]ψας ἐντεύξεων*. Der Brief, aus dem diese Worte stammen, ist an der in Betracht kommenden Stelle arg zerstört. Auch die besser erhaltenen Stücke der Urkunde enthalten nichts, aus dem man etwas über Inhalt und Adresse der hier erwähnten *ἐντεύξεις* entnehmen könnte.

BGU. 1182 (14/13 v. Chr.). Der Herausgeber Schubart bemerkt: 'Die Eingabe ist offenbar an den Statthalter gerichtet: *σὲ τὸν πάντων [σωτῆρα καὶ ἀντιλήμπτορα]* und bezweckt eine Weisung an den Hypomnematographos (?): *προστάξαι χρηματίσαι ἡμῶν [τὴν ἔντευξιν . . . ὑπομ]νηματογράφωι κτλ.*' Sind, wie nicht zu bezweifeln, die Ergänzungen richtig, so ist es auch die Annahme einer an den Statthalter gerichteten *ἔντευξις*.

Edictum Ti. Iulii Alexandri vom Jahre 68 n. Chr. (Dittenberger, Inscr. Or. gr. 669, $_{10}$): *Ἔγνων γὰρ πρὸ παντὸς εὐλογωτάτην οὖσαν τὴν ἔντευξιν ὑμῶν κτλ.* Gemeint ist die Eingabe an den Statthalter, welche die Veranlassung zu seiner Verordnung gegeben hat.

Flor. 61 (Chrest. II 80), ein Prozeßprotokoll vom Jahre 85 n. Chr. Phibion hatte den Achilleus und dessen Gattin wegen einer angeblichen Forderung in Haft genommen. Als er deswegen vom Statthalter hart angelassen und mit der Peitsche bedroht wurde, bat sein Anwalt für ihn um Verzeihung (15ff.): *συ[γ]γνώμην αἰτούμενος, ἐπεὶ ἐπλανήθη περὶ τὴν ἔντευξιν. ἔδει γὰρ ἀναφόριόν σο[ι] δοῦναι, ὡς καὶ σὺ ἠθέλησας.* Auf den ersten Blick möchte man geneigt sein, hieraus einen Gegensatz zwischen *ἔντευξις* und *ἀναφόριον* zu entnehmen und in beiden Worten verschiedene Arten von Schriftsätzen zu erblicken, so daß Phibion also eine *ἔντευξις* eingereicht hätte, während ein *ἀναφόριον* am Platze gewesen wäre. Aber diese Auslegung wäre gewiß verfehlt; denn abgesehen davon, daß für einen solchen Formfehler die körperliche Züchtigung doch ein sehr harte Maßregel gewesen wäre, würde diese Meinung sich in Widerspruch mit der sonst feststehenden Bedeutung von *ἀναφόριον* setzen. Dieses Wort (gelegentlich auch *ἀναφορά*) und das entsprechende Verbum *ἀναφέρειν* wird in unsern Quellen unterschiedlos für Eingaben und Berichte aller Art an alle möglichen Behörden verwendet: nie hat es die Bedeutung einer besonderen Gattung von Urkunden, sondern stets die

---

Wir müssen uns also mit der Feststellung begnügen, daß die Urkunde jedenfalls nicht gegen die obige Deutung von *ἔντευξις* spricht. Dies um so weniger, als sie der allerfrühesten römischen Zeit (27/26 v. Chr.) angehört.

von Gesuch, Sendschreiben, Bericht im allgemeinen.[1]) Entscheidend aber ist für unsere Stelle, daß der Statthalter in seinem Urteil ausdrücklich die Eigenmacht des Gläubigers bei der Freiheitsberaubung als das Vergehen bezeichnet, das die Peitsche verdient hätte (60f.): *διὰ σεαυτοῦ [κ]ατασχὼν ἄνθρωπον εὐσχήμονα καὶ γυν[αῖ]καν.* Das kann nur bedeuten, daß Phibion überhaupt keine Behörde angerufen, also auch keinen Schriftsatz eingereicht hatte. Man muß sich also vorstellen, daß der Präfekt ihm vorwarf, er hätte bei ihm selbst durch eine Eingabe (*ἔντευξις*) um die Verhaftung nachsuchen müssen.[2]) Der Anwalt gibt zu, daß er betreffs dieser Eingabe (*ἔντευξις*) 'fehlging', da er gewiß verpflichtet gewesen wäre, einen Schriftsatz (*ἀναφόριον*) einzureichen. Er wechselt also nur mit dem Ausdruck, indem er im Vordersatz die technische, und im Nachsatz die allgemeine Bezeichnung für das erforderliche Schreiben verwendet. Bei dieser Auffassung, die mir als die allein mögliche erscheint[3]), hat *ἔντευξις* auch hier seinen gewöhnlichen Sinn 'Eingabe an den Statthalter'.

---

[1]) *Ἀναφόριον (ἀναφορά, ἀναφέρειν)* wird gebraucht für Eingaben an den Präfekten: Flor. 33, $_{9}$. 36, $_{27}$; Giss. 92 (?); Oxy. 66, $_{17}$. 67, $_{4.\,6.\,12}$. 237, $_{IV\,35.\ VI\,41}$. 294, $_{13}$. 486, $_{11.\,17}$; Iuridicus: BGU. 5, $_{II\,16}$ ff.; *Ἴδιος λόγος*: BGU. 250, $_{21}$; Wessely, Spec. isag. 7 (8), $_{24.\,28}$. 9 (13), $_{3}$; *ἐπιστράτηγος*: BGU. 168, $_{1}$. 462, $_{1}$ (Preisigke, B. L.). 1022, $_{19}$f.; *στρατηγός*: Oxy. 898, $_{37}$; *βασιλικὸς γραμματεύς*: Wessely, Spec. isag. 8 (11), $_{3.\,12}$; *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων*: BGU. 1073, $_{15}$; Lips. 8, $_{12}$; Lond. III 118 Nr. [illegible]40, $_{16}$; Praef. alae als Iudex datus: BGU. 613, $_{1}$; vgl. außerdem: BGU. 163, $_{7}$. 1123, $_{3.\,5}$. 1201, $_{19}$f. (*ἀναφέρομεν διὰ ἀναφορᾶς*); CPR. 233, $_{8}$; Giss. 8, $_{13}$; Jand. 26, $_{32}$ (Pachtangebot); Lond. II 188f. Nr. 438, $_{1}$ (ebenso); Oxy. 1272, $_{18}$; Teb. 302, $_{9}$.

[2]) Daß der Präfekt den Phibion anspricht, zeigt Z. $_{8}$; daß er ihm den Mangel einer Eingabe vorgeworfen hat, lassen die Worte des Anwaltes in Z. $_{17}$ *ὡς καὶ σὺ ἠθέλησας* erkennen.

[3]) Verfehlt wäre es insbesondere auch, wollte man den Ton auf das *σοί* in Z. $_{17}$ legen und die Äußerung des Anwaltes dahin verstehen, daß Phibion sich an eine unzuständige Behörde gewandt hätte, während er den Präfekten hätte anrufen müssen. Gewiß ist das letztere richtig; aber die hier behandelten Worte und überhaupt das ganze Protokoll geben nicht den geringsten Anhalt, einen solchen Gegensatz hineinzutragen, und der Vorwurf des Präfekten in Z. $_{60}$ *διὰ σεαυτοῦ κατασχών* verlöre dabei sein Gewicht. Der Nachdruck in den Worten des Anwaltes ($_{16}$f.) liegt auf dem voranstehenden *ἔδει.*

In Teb. 287, $_{18}$ (vom Jahre 161—169) könnte auch eine Verbalform (z. B. ἐντεύξε[ται) ergänzt werden. Aber auch wenn das Substantivum (ἐντεύξε[ως oder ein anderer Kasus) dagestanden hat, so spricht nichts dagegen, daß eine Eingabe an den Präfekten gemeint war, der in dem früheren (Z. $_{6}$) und wahrscheinlich auch in dem gegenwärtigen Verfahren mit der Sache befaßt war und an der in Betracht kommenden Stelle das Wort führte.[1])

Oxy. 1101 (aus den Jahren 367—370) enthält ein Edikt, in welchem der Präfekt Zivilpersonen verbietet, in ihren Streitigkeiten mit anderen Zivilpersonen die Hilfe des militärischen Präpositus anzurufen. Er betont dabei, daß seine Kenntnis jener tadelnswerten Gewohnheit nicht aus unzuverlässigen Quellen, sondern ἐξ ἐν[τ]εύξεων ($_{6}$) stamme. Damit meint er offenbar an ihn selbst gerichtete Eingaben: Das tritt um so klarer hervor, als kurz darauf die Eingaben an den Präpositus βιβλία genannt werden ($_{10}$).

BGU. 1024, $_{V\,28}$ (viertes Jahrhundert). Der Tatbestand des dargelegten strafrechtlichen Falles, in dem das Wort ἔν[τευ]ξιν enthalten ist, ist wegen der Verstümmelung des Papyrus nicht erkennbar. Da aber in diesem wie in allen andern Stücken der Sammlung der Statthalter das Urteil spricht ($_{30}$), ist anzunehmen, daß die kurz vorher erwähnte ἔντευξις, wenn sie als schriftliche Eingabe aufzufassen ist[2]), auch bei ihm eingereicht war.

Cairo (Masp.) 67031, $_{8}$ (unter Justinian). Der Statthalter schränkt die seinen Offizialen zu entrichtenden Sporteln ein. Wenn dabei von ἐγγράφοις ἐντεύξεσι die Rede ist ($_{8}$), so ist klar, daß darunter sportelpflichtige, an ihn selbst gerichtete Eingaben zu verstehen sind.[3])

---

[1]) Die Herausgeber sehen (S. 48), wie mir scheint, mit Recht den Leiter der Verhandlung Severianus als Statthalter an.

[2]) Ausgeschlossen ist es nicht, daß hier persönliches Erscheinen, etwa vor dem Tribunal des Statthalters, gemeint ist: vgl. darüber S. 272, $_{1}$.

[3]) Vgl. Partsch, Gött. Gel. Anz. (1911) 316. Auch Lydus de magistr. 3, $_{25}$ könnte hier herangezogen werden, wo die μονομερεῖς ἐντεύξεις zusammen mit den μέγιστα δικαστήρια genannt werden; vgl. auch ebenda 3, $_{24}$: μονομερῶν εὐτυχιῶν. Übrigens soll für die byzantinische Zeit, auch für Ägypten, kein unbedingt feststehender Sprachgebrauch von

Nicht hierher gehört Hamb. 29, $_{16}$.[1])

In den angeführten Fällen handelt es sich um Eingaben, deren Erledigung durch den Statthalter selbst erfolgt ist oder begehrt wurde. Wie schon hervorgehoben wurde (S. 267, $_2$), sind auch aus ptolemäischer Zeit solche an den König selbst ge-

---

ἔντευξις mehr behauptet werden. Jedenfalls ist es bemerkenswert, daß die obige Urkunde, die späteste, in der uns das Wort erhalten ist, es noch in dem alten Sinne zeigt.

[1]) Das Verbum ἐντυγχάνειν hat in ptolemäischer wie römischer Zeit keine so enge Bedeutung wie ἔντευξις, weder ist es auf schriftliche Eingaben noch auf die Beziehung zum König oder Statthalter beschränkt. Es wird vielmehr ganz allgemein im Sinne von 'jemanden, insbesondere auch einen Beamten, angehen, sich an ihn wenden, vor ihm auftreten' gebraucht. Belege sind überflüssig. Das gleiche gilt für das Substantivum ἐντυχία: vgl. BGU. 1209, $_{18}$; Bouriant $_{I\,3}$ (nach Mitteis' Ergänzung: Chrest. II 96); Flor. 6, $_4$; Lond. II 293f. Nr. 237, $_{19}$; Oxy. 237, $_{VI\,8}$. $_{VII\,5}$; Oxy. 1264, $_7$; Teb. 61^b, $_{26}$. Auch ἔντευξις kommt in diesem allgemeineren Sinne vor. Bisher hatten wir dafür nur Belege aus der Literatur und den Inschriften, wo es häufig Begegnung mit einer Person, Eintreffen, Besuch bei ihr, Audienz bei einer Fürstlichkeit u. dergl. bedeutet; vgl. z. B. Aelian Var. 4, $_{20}$; Diodor 16, 55, $_3$. 16, 79, $_2$. 18, 65, $_5$; Plutarch Cic. 31. Sol. 27. Ti Gracch. 11; Polyain 4, 6, $_2$; Polyb. 2, 8, $_6$. 3, 15, $_4$. 5, 67, $_{11}$; Inschr. v. Olympia 53, $_{19}$; Dittenberger, Inscr. Or. gr. 5, $_6$. Neuerdings läßt sich nun dieser weitere Sprachgebrauch auch in dem oben erwähnten Prozeßprotokoll Hamb. 29, $_{16}$ erkennen, wo der Anwalt vor dem Präfekten für die von ihm vertretenen Mündel erklärt: ἀξιοῦσιν ὑπομνηματισθῆ[ναι] τὴν ἔντευξιν αὐτῶν. Der Herausgeber Meyer, der den Begriff von ἔντευξις für die Kaiserzeit richtig erkannt hat, will auch hier unter diesem Ausdruck einen 'beim Konvent an den Praefectus Aegypti, als Stellvertreter des „Königs", gerichteten Antrag' verstehen. Aber das Beantragen liegt doch schon in ἀξιοῦσι, und in dem Vorhergehenden ist zum mindesten formell, aber (wie mir scheint) auch sachlich kein Antrag auf Aufhebung der Wirkung des Edictum peremptorium (S. 124) enthalten (vgl. in letzterer Hinsicht auch Steinwenter, Versäumnisverfahren 75ff.). Meines Erachtens verlangt der Anwalt einfach, daß 'das Erscheinen', 'die Anwesenheit' seiner Partei im Protokoll festgestellt werde, damit sie nicht von den seitens des Statthalters angedrohten Versäumnisfolgen ($_8$f.) betroffen werde, wenn es ihr auch bis zum wiederholten Aufruf der Sache nicht gelungen sein sollte, die fehlenden Akten herbeizuschaffen. Auf diese Weise vermeiden wir die Erklärung von ἔντευξις als eines mündlichen in einer Sitzung gestellten Antrages, die ohne Seitenstück ist, und geben dem Worte eine wenn auch noch nicht in den Papyrusurkunden, so doch sonst sehr häufig vorkommende Bedeutung. Für Feststellung der Anwesenheit einer Partei durch Gerichtsprotokoll vgl. auch Wessely, Spec. isag. 8 (11), $_{16}$f.

leitete ἐντεύξεις bekannt. Betrachten wir ihnen gegenüber unsere ἐντεύξεις des Vollstreckungsverfahrens, von denen wir ausgingen, so kann kein Zweifel bestehen, daß sie ein vollständiges Seitenstück zu den ἐντεύξεις εἰς τὸ τοῦ βασιλέως ὄνομα bieten (S. 267f.). Formell sind sie an den Präfekten gerichtet, aber sachlich wird er nicht mit dem Gesuche befaßt.[1]) Dem Antrage ἐπὶ τῆς διαλογῆς συγκρῖναι wird nicht von ihm, sondern, wie wir jetzt wissen, von den Chrematisten stattgegeben. Ebenso wie einst ihre Vorgänger in der χώρα prüften sie an Stelle des 'Vizekönigs'[2]) die ἐντεύξεις und entschieden sie darüber.

Auf welchem Wege die ἐντεύξεις den Chrematisten zugingen, ist nicht überliefert. Daß die aus der ptolemäischen Zeit bekannte Form des Einwerfens in einen zu diesem Zweck aufgestellten Behälter (ἀγγεῖον)[3]) nicht mehr — und vielleicht in Alexandrien überhaupt nie — Platz griff, wird man mit ziemlicher Sicherheit annehmen dürfen, da sie offenbar für die Wanderrichter der χώρα berechnet war. So wird die allgemeine Form der Einreichung eines ὑπόμνημα bei der Behörde[4]) auch hier zu vermuten sein und diese sich, wenigstens in römischer Zeit, wohl wie üblich durch Übergabe des Schriftsatzes seitens der Partei oder ihres Vertreters (διαπεσταλμένος) in öffentlicher Sitzung[5]) vollzogen haben. Fraglich muß bleiben, bei welcher Behörde dies geschah, ob beim Adressaten der ἔντευξις, dem Statthalter, ob bei den Chrematisten, oder bei ihrem Geschäfts-

[1]) Von der Frage, ob nicht etwa die gerichtliche Entscheidung im Falle eines Widerspruches (ἀντίρρησις) an den Statthalter gelangen konnte, darf hier abgesehen werden.

[2]) Für die Berechtigung dieses Ausdruckes genügt es, auf Hirschfeld, Kais. Verwaltungsbeamte [2] 344ff. und Wilcken, Grundz. 28ff. zu verweisen.

[3]) S. darüber Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 26f.; Mitteis, Grundz. 16; Zucker, Philol. Suppl. XII 54f.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 124. 129, 2.

[4]) Bekannt ist sie für die ἐντεύξεις auch schon in der ptolemäischen Zeit, z. B. in den Urkunden von Magdola. Ob sie auch damals schon (neben dem Einwerfen in das ἀγγεῖον) bei den Chrematisten vorkam, ist fraglich: s. Zucker und Semeka a. a. O.

[5]) Vgl. Mitteis, Ber. d. Sächs. Ges. d. Wiss. LXII 90ff. und Grundzüge 38. 159.

führer, dem Erzrichter. Darf man die Parallele der ptolemäischen Zeit durchführen, so muß man annehmen, daß die Eingabe vom Statthalter wie einst vom König nur den Namen trug und gar nicht an ihn gelangte.[1]) Das dünkt mich wahrscheinlich: im übrigen wird die aufgeworfene Frage eine offene bleiben müssen.

7. Wie die Eingabe (*ἔντευξις*), durch welche das Vollstreckungsverfahren eingeleitet wird, so trägt auch der Beschluß, durch welchen Pfändung und Besitzeinweisung von den Chrematisten bewilligt wird, der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und *ἐμβαδείας*, durchaus ptolemäisches Gepräge. Um das klarzustellen, müssen wir uns die Verschiedenheiten der in Betracht kommenden römischen und ptolemäischen Gerichtsakten vergegenwärtigen.

Die auf uns gekommenen Protokolle[2]) der ptolemäischen Zeit sind ihrem ganzen Umfange nach[3]) Berichte und Äußerungen des Gerichts.[4]) Als solche enthalten sie eine mehr oder minder ausführliche — bisweilen in einen Satz zusammengeschlossene — amtliche Darstellung über den Gang der mündlichen Verhandlung und die richterliche Entscheidung. Dabei wird im ganzen ein festes Schema eingehalten,

[1]) Man würde sonst auch wohl Überweisung an die zur Entscheidung berufene Stelle durch die in solchen Fällen übliche *ὑπογραφή* des Statthalters erwarten dürfen: dafür fehlt aber jede Spur.

[2]) Wir dürfen uns bei dieser Vergleichung nicht auf Protokolle und Urteile der Chrematisten beschränken, sondern müssen den Typus der ptolemäischen Urteile überhaupt feststellen, dem sich auch jene unterordnen.

[3]) Das tritt am deutlichsten bei den Protokollen des Zehnergerichts hervor, in denen das die Entscheidung einleitende *ἔγνωμεν* dem ganzen Bericht über die Verhandlung vorangeht; vgl. Petr. II 21, $_{8}$ (Chrest. II 28); Petr. III 21 (g), $_{11}$ (Chrest. II 21). Es gilt aber nicht minder auch von den übrigen Urteilen, in denen das entsprechende Wort (s. unten S. 276) dem Tatbestande nachfolgt und erst am Schlusse den Tenor einleitet.

[4]) Das geht, abgesehen von den im folgenden aufgeführten Gesichtspunkten, auch daraus hervor, daß in den Protokollen gelegentlich gesagt ist, es sei im Termin ein Schriftstück verlesen worden, dessen 'Abschrift' folgendermaßen laute (Tor. 1, I $_{12}$f.; Straßb. Inv. 277, $_{42}$f. = Preisigke, Sammelbuch 4512): das kann natürlich so nicht gesprochen sein. In einem römischen Protokoll würde man so etwas, glaube ich, vergeblich suchen.

das um so mehr zu beachten ist, als es offenbar nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf Herkommen und gleichmäßiger Praxis beruhte.

Am Eingang wird Zeit und Ort angegeben und werden der oder die Richter mit Namen aufgeführt und zwar in der Regel losgelöst vom folgenden Text: mehrfach werden dabei die Richter — namentlich auch die Chrematisten — kurzweg im Nominativ genannt, z. B. Tor. 13, $_4$ff. *Ἔτους λδ Τῦβι ε ἐν Μέμφει —, χρηματισταὶ — Ἀλέξανδρος —, Ἡρακλείδης —, Σωγένης —, οἱ τὰ βασιλικὰ καὶ προσοδικὰ καὶ ἰδιωτικὰ κρίνοντες. Καταστάντος κτλ.*[1]) Nachdem dann die Parteien bezeichnet sind, beginnt der Bericht über die Verhandlung in der Regel mit der Feststellung, daß die das Verfahren eröffnende Eingabe (*ἔντευξις, ὑπόμνημα*) verlesen wurde, welche dann, sei es ihrem Wortlaute, sei es ihrem Inhalte nach mitgeteilt wird.[2]) Es folgen Ausführungen der Parteien oder ihrer Anwälte[3]), die bald mehr, bald weniger ausführlich, durchweg als Bericht in indirekter Rede wiedergegeben sind.[4]) Den Schluß bildet die 'Urteilsformel'

---

[1]) Ebenso beim Zehnergericht in Petr. II 21 (Chrest. II 28, $_1$ff.); Petri III 21 (Chrest. II 3 (b), $_2$ff. (f), $_2$ff.). Vgl. ferner Petr. III 25, $_7$ff. (Chrest. II 30): *Παρ' Ἀλκιδήμου κτλ.*; Tor. 1, $_{I\,2}$ff. 9, $_1$; Par. 15, $_1$ff. 16, $_1$f.: *Ἐφ' Ἡρακλείδου.* Hat ein Einzelrichter zu urteilen (vgl. Mitteis, Grundz. 9ff.; Zucker, Philol. Suppl. XII 72ff.; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 35ff.), so werden, wenn er Ratsmänner zuzieht, meistens auch diese oder wenigstens die namhafteren von ihnen aufgezählt. Vgl. oben S. 259f.

[2]) Wörtliche Einfügung der Eingabe bieten Petr. II 21, $_{9-14}$ (Chrest. II 28); Petr. III 21 (g), $_{12-35}$ (Chrest. II 21); Par. 15, $_{6-33}$; Tor. 1, $_{I\,11-III\,17}$ (Chrest. II 31); Straßb. Inv. 277, $_{42-60}$ (= Preisigke, Sammelbuch 4512); Giss. 37, $_{II\,25}$f. (Text S. 163f.); wahrscheinlich auch Grenf. I 11 (Chrest. II 32), $_{I\,1-II\,5}$ mit $_{II\,6-22}$ als Anlage zum *ὑπόμνημα*. Bericht über den Inhalt der Eingabe s. Amh. 30, $_{2-15}$ (Chrest. I 9); Tor. 13, $_{8-16}$ (Chrest. II 29); ähnlich wohl auch Petr. III 25, $_{11}$ff. (Chrest. II 30), fraglicher Tor. 9, $_7$ff. und Par. 16, $_{12}$ff. Über Petr. 21 s. Mitteis, Chrest. II 3 (S. 2).

[3]) Tor. 1, $_{IX\,4}$; Straßb. Inv. 277, $_{61}$ (*δικαιολογεῖν*).

[4]) Vgl. Petr. III 21 (g), $_{36}$ff. (Chrest. II 21); Amh. 30, $_{15-22}$; Straßb. Inv. 277, $_{61-75}$; Par. 15, $_{35-67}$; Tor. 1, $_{III\,19-IX\,3}$. In dem Versäumnisurteil Tor. 13 tritt an die Stelle des Berichts über die Verhandlungen der Parteien der über die Ladung des Beklagten und die Androhung der Versäumnisfolgen. Jede Andeutung von solchen Verhandlungen fehlt in Grenf. I 11. Reden von Anwälten, wie wir sie in Oxy. 471. 472 (römisch)

(der Urteilsspruch, Tenor)[1]), die, wie auch unsere heutigen Gesetze es fordern, von den übrigen Teilen des Urteils scharf abgehoben und möglichst präzis gefaßt wird. Dabei wird in den auf uns gekommenen Stücken als Regel[2]) festgehalten, daß der oder die Richter in der ersten Person und zwar im Präteritum sprechen, wodurch der vorhergehende Bericht deutlich als die von ihnen formulierte Urteilsgrundlage gekennzeichnet ist. Urteilt ein Kollegium (Zehner, Chrematisten), so sprechen die Richter naturgemäß im Plural (*συνεκρίναμεν*, *ἔγνωμεν*)[3]).

Was die römische Zeit[4]) anlangt, so muß vor allem auf die bekannte Tatsache hingewiesen werden, daß das Ver-

---

vor uns haben, sind literarische Schöpfungen, keine Prozeßakten: m. E. muß das auch für Giss. 99 gelten. Zeugenaussagen sind gelegentlich ganz (Petr. II 21 = Chrest. II 28, $_{17}$ff.) oder ihrem wichtigsten Inhalt nach (Amh. 30, $_{32-36}$) direkt im Wortlaut, sonst aber ebenfalls in berichtender Form wiedergegeben.

[1]) Bisweilen werden vorher noch die für die Entscheidung maßgebenden Tatsachen oder Gründe besonders hervorgehoben: so Amh. 30, $_{38-40}$; Grenf. I 11, $_{\text{II } 23-28}$; Par. 15, $_{67-69}$; Straßb. Inv. 277, $_{76-83}$; Tor. 1, $_{\text{IX } 4-\text{X } 1}$; Tor. 13, $_{21-23}$.

[2]) Unpersönliche Formulierung findet sich in den Urteilen vor 'leerem' Gericht Petr. III 21 = Chrest. II 3: (*δίκη ἔρημος κατεδικάσθη*); ferner in Grenf. I 11, $_{\text{II } 28}$ (*ἐφαίνετο*). In Straßb. Inv. 277 (Preisigke, Sammelbuch 4512) ist die Fassung durch das eigenartige Verhältnis der Urteilsfinder (vgl. Z. $_{78}$ *ἐφαίνετο*) zum Richter, der das Urteil nur verkündet, bedingt: daß über diese Verkündung nur berichtet wird ($_{83}$: *συνέταξεν*), zeigt, wie sehr sie Formsache war.

[3]) Zehnergericht: Petr. II 21, $_8$ (Chrest. II 28): *ἔγνωμεν ὁμογνωμονοῦντες*; Petr. III 21 (g), $_{11}$ (Chrest. II 21): *ἔγνωμεν*; Chrematisten: Tor. 13, $_{23}$ (Chrest. II 29): *συνεκρίναμεν*. In Petr. III 25, $_{41-43}$ nimmt Mitteis z. d. St. (Chrest. II S. 27. 28) gewiß mit Recht an, daß ein Wort wie *ἔγνωμεν* oder *συνεκρίναμεν* verloren ist. Als Beispiel für die erste Person des Aorist kann man auch Amh. 30, $_{39}$f. (*παρηγγείλαμεν*; vgl. $_{38}$ *ἡμῖν*) anführen (die Angabe der Richter ist nicht erhalten); und ebenso die Urteile des *ἐπιστάτης* in Par. 15, $_{69}$ (*εἴπαμεν*); Par. 16, $_{22}$ (*εἴπαμεν*); Tor. 1, $_{\text{X } 1}$ (*εἴπαμεν*); Tor. 9, $_{17}$ (*διεστειλάμεθα*). Die Frage, wie sich hier der Plural erklärt, wurde oben S. 259f., $_3$ behandelt. Vgl. auch das Register in Lille 28, $_{11}$.

[4]) Abgesehen ist von den Protokollen aus byzantinischer Zeit (Arch. f. Pap. I 298ff., III 340f.; BGU. 1024 (wohl literarische Arbeit, eine Art antiker Pitaval); Berl. Inv. 2745 bei Mitteis, Dek. Progr. Lauhn S. 6f.; Lips. 38. 40. 43; Lond. III 128f. Nr. 971; Mon. 6; Oxy. VI 893; Thead. 13. 14) sowie von den christlichen und alexandrinischen Märtyrerakten,

fahren sich jetzt grundsätzlich als sogenannte Extraordinaria Cognitio vor einem Einzelrichter, dem Präfekten oder einem seiner Delegaten abspielte. Über die Verhandlung wurde während der Sitzung ein Protokoll aufgenommen, das die Vorträge der Parteien oder ihrer Anwälte und die verschiedenen Äußerungen des Richters — oft in drastischer Lebendigkeit — wiedergab, und dann in die Amtstagebücher (commentarii, *ὑπομνηματισμοί*, auch *ὑπομνήματα*)[1]) des Beamten übertragen wurde. Eine besondere Urteilsausfertigung für die Parteien fand, soviel wir wissen, nicht statt. Aus den regelmäßig veröffentlichten und später in amtlichen Archiven niedergelegten Kommentarien konnten

---

da hier die Frage, ob und wieweit ihnen wirkliche Gerichtsakten zugrunde liegen, nicht erörtert werden kann. Dagegen werden aus der römischen Zeit auch die Protokolle in Verwaltungssachen mit herangezogen, weil bei ihnen hinsichtlich der Formulierung kein Unterschied gegenüber den gerichtlichen Akten besteht.

[1]) *Ὑπομνηματισμοί* des Präfekten: Amh. 64, $_{8}$; Flor. 61, $_{1}$; Hamb. 29, $_{1}$. $_{15}$f.; Oxy. 40, $_{1}$. 237, $_{\mathrm{VII}\,19}$f. $_{36}$. $_{\mathrm{VIII}\,43}$. 471, $_{16}$f. 653, $_{1}$; Teb. 569 (?). Iuridicus: BGU. 245, $_{\mathrm{II}\,3}$f; Catt. Verso $_{\mathrm{II}\,6}$f. $_{\mathrm{III}\,21}$. $_{\mathrm{V}\,10}$ (?); Oxy. 237, $_{\mathrm{VII}\,39}$. *Ἴδιος λόγος*: Inschr. Arch. f. Pap. II 440 Nr. 49; BGU. 347, $_{\mathrm{I}\,1}$. $_{\mathrm{II}\,1}$; Teb. 291, $_{33}$f.; Wessely Spec. isag. 8 (11), $_{16}$f. (?). *Ἀρχιδικαστής*: BGU. 136, $_{1}$. *Ἐπιστράτηγος*: BGU. 15, $_{\mathrm{I}\,1}$; Oxy. 237, $_{\mathrm{VII}\,29}$. $_{38}$. *Στρατηγός*: Amh. 66, $_{48}$; BGU. 163, $_{8}$ff. 361, $_{\mathrm{II}\,10}$. 891 Verso 15; Fay. 106, $_{1}$ (?); Münch. in Arch. f. Pap. II 125 (a), $_{1}$; Oxy. 37, $_{1}$. 38, $_{15}$. 898, $_{27}$; Par. 69 (Chrest. I 41) erhaltenes Amtstagebuch. Iudex datus verschiedener Art BGU. 969, $_{\mathrm{I}\,1}$. $_{9}$, $_{\mathrm{II}\,9}$; CPR. 18, $_{40}$; Rein 44, $_{1}$; Teb. 488 (?). Beamter nicht bestimmbar: BGU. 5, $_{\mathrm{II}\,11}$. 832, $_{24}$; Flor. 67, $_{43}$; Lips. 123, $_{2}$, vgl. auch Wilcken, Chrest. S. 60; Oxy. 237, $_{\mathrm{VIII}\,6}$. 298, $_{15}$; Teb. 302, $_{27}$. *Ὑπόμνημα* begegnet als Bezeichnung für das Amtstagebuch schon in römischer Zeit nicht selten: Präfekt: BGU. 613, $_{38}$; Catt. $_{\mathrm{IV}\,20}$; Giss. 40, $_{\mathrm{II}\,14}$ (?); *Διοικητής*: Oxy. 1264, $_{9}$. *Ἀρχιδικαστής*: Giss. 34, $_{3}$f. $_{9}$. *Στρατηγός*: BGU. 168, $_{25}$. 361, $_{\mathrm{II}\,1}$ (?); Oxy. 911, $_{8}$. 1252, $_{26}$f. $_{32}$f.; Thead. 15, $_{7}$ (?). Iudex datus: BGU. 19, $_{\mathrm{I}\,10}$. Unbestimmter Beamter: BGU. 1085, $_{\mathrm{II}\,8}$f. Vgl. auch Polyain. IV 6, $_{2}$; I. G. VII 413, $_{31}$ (= Bruns, Fontes I^{7} S. 182). Seit dem vierten Jahrhundert kommt nur noch die kürzere Form (*ὑπόμνημα*) vor. Gleichwertig mit der Eingangsformel *Ἐξ ὑπομνηματισμῶν κτλ.* ist der bloße Name des Magistrats im Genitiv mit oder ohne Amtscharakter an der Spitze des Protokolls, z. B. Amh. 65, $_{\mathrm{I}\,9}$; BGU. 388, $_{\mathrm{III}\,11}$; Catt. $_{\mathrm{VI}\,1}$; Straßb. 22, $_{10}$. $_{25}$; vgl. auch Amh. 66, $_{29}$; BGU. 347, $_{\mathrm{II}\,1}$. 361, $_{\mathrm{II}\,10}$f. Aus der Literatur vgl. namentlich Wilcken, Philol. LIII 80ff. und Arch. f. Pap. IV 424f. und Chrest. I S. 59f. 104 und Abh. d. Sächs. Ges. d. Wiss. (phil.-hist.) XXVII 826ff.; Mommsen, Strafr. 512ff.; v. Premerstein in Wissowas Realenzykl. IV 743. 746ff.; Weiß, Z. Sav. St. XXIII 229f.

die Beteiligten sich Abschriften (mit und ohne Beglaubigung) anfertigen oder anfertigen lassen und sich auf diese Weise Prozeßakten zusammenstellen.[1] [2]

Von einer bestimmten Form der Urteile kann unter diesen Umständen kaum die Rede sein, wenn auch die Protokolle begreiflicherweise viele gleichmäßige Züge aufweisen. Um den Gegensatz zu denen der ptolemäischen Zeit zu kennzeichnen, mag auf folgendes hingewiesen werden.

Zunächst auf eine Äußerlichkeit. Während das ptolemäische Protokoll die Namen der Richter an die Spitze stellt, braucht in römischer Zeit der Richter am Eingang des Protokolles nicht benannt zu werden, weil er ja aus dem Tagebuch, das seine Amtsgeschäfte überhaupt verzeichnet, ersichtlich ist.[3] Weiter scheint die unter den

---

[1]) Auch sonstige Interessenten wurden zu den Archiven zugelassen, Darauf beruhen die Spruchsammlungen, von denen mehrfache Reste auf uns gekommen sind: BGU. 114 + Catt. (Chrest. II 372) über Soldatenehen, Straßb. 22 (Chrest. II 374) über Ersitzung; auch die Entscheidungen, welche Dionysia in ihrer Eingabe anführt, namentlich die über die väterliche Gewalt (Oxy. 237, VII$_{19}$ff.), sind wahrscheinlich aus einer solchen Sammlung entnommen.

[2]) Daraus, daß es sich bei Privatakten regelmäßig um Entlehnungen aus den amtlichen Tagebüchern handelt, erklärt es sich auch, daß sie keineswegs immer wortgetreue Abschriften, sondern oft nur gekürzte Auszüge sind. Bisweilen ist das ausdrücklich hervorgehoben (BGU. 1085, $_{14}$; Oxy. 237, VII$_{40\cdot 42}$; Straßb. 22, $_{18\cdot 19}$; Teb. 286, $_{3}$). Aber auch an andern Orten ist es, namentlich wenn die Ausführungen der Parteien nicht in Rede und Gegenrede angegeben, sondern zu einer kurzen Inhaltsangabe zusammengeschrumpft sind, so gut wie sicher: vgl. z. B. BGU. 114, I$_{5}$ff.; Catt. III$_{11}$ff.; wohl auch Oxy. 237, VIII$_{18}$ff.

[3]) Das uns erhaltene Amtstagebuch (Par. 69 = Chrest. I 41) trägt an der Spitze jedes Blattes die Überschrift *῾Υπομνηματισμοὶ Αὐρηλίου Λεοντᾶ στρατηγοῦ ᾿Ομβίτου ᾿Ελεφαντίνης*, bei den einzelnen Amtshandlungen aber heißt es in der Regel nur *ὁ στρατηγός*. Die in den uns vorliegenden Abschriften und Auszügen nicht seltene Überschrift *᾿Εξ ὑπομνηματισμῶν κτλ.* gehört bei dem einzelnen Protokoll nicht der Urschrift an, sondern benennt nur das Tagebuch, aus dem sie stammt, als Quelle. Weitere einleitende Bemerkungen dagegen, wie Datum — dieses ganz regelmäßig, Ortsangabe (Amh. 65, $_{11}$; BGU. 114, I$_{15}$f. 347, I$_{4}$f. II$_{3}$. 361, II$_{12}$; Oxy. 237, VII$_{30}$; Straßb. 5, $_{7}$. 41, $_{1}$; Teb. 569; Thead. 15, $_{1}$), Angabe, daß pro tribunali (*ἐπὶ τοῦ βήματος*: BGU. 136, $_{3}$. 361, II$_{12}$; Oxy. 37, $_{3}$. 237, VII$_{20}$; Straßb. 5, $_{7}$. 41, $_{1}$; Teb. 569; Thead. 15, $_{1}$), daß auf Delegation des Statthalters (*ἐξ ἀναπομπῆς*: BGU. 19, I$_{2}$. 114, I$_{14}$; CPR.

Ptolemäern regelmäßige Einleitung des Verfahrens durch die Verlesung der ihm zugrunde liegenden Eingabe in der Kaiserzeit, wenn sie auch gelegentlich vorgekommen sein mag, so doch nicht üblich gewesen zu sein: in unseren Akten läßt sie sich nicht mit Gewißheit feststellen[1]). Die Ausführungen der Parteien werden in Rede und Gegenrede mit direkten Worten oder in berichtender Form wiedergegeben: die erstere Art, die den wirklichen Vorgang am getreuesten wiederspigelt und keine oder doch nur geringe Überarbeitung der Urschrift der Protokolle voraussetzt, wiegt in der römischen Zeit vor[2]), während sie sich unter den Königen bisher nicht hat nachweisen lassen. Auch der Richter, der in den uns bekannten ptolemäischen Akten nur als Urteilsfäller wirksam wird, erscheint jetzt durch Fragen, Feststellungen und Anordnungen aller Art oft recht lebhaft an der Verhandlung beteiligt.[3]) Der Spruch (Tenor), welcher für die einzelne Verhandlung oder den ganzen Prozeß die Entscheidung bringt, unterscheidet sich seiner Form nach in der Regel nicht von anderen Äußerungen des Richters. Er kann — was wieder in den ptolemäischen Akten

18, $_{2}$; Teb. 489) verhandelt wurde, die Bezeichnung der Parteien im Rubrum (Amh. 66, $_{30}$ff.; BGU. 19, $_{3}$f. 114, $_{I\ 16}$ff. 136, $_{4}$f. 361, $_{II\ 12}$ff. 969, $_{4}$ff.; CPR. 18, $_{5}$f.; Flor. 61, $_{4}$; Oxy. 37, $_{4}$. 237, $_{VII\ 30}$f. 653 (Chrest. II 90, $_{3}$f.); Rein 44, $_{3}$f.; Teb. 286, $_{2}$f. 489) sind gewiß aus den Kommentarien selbst übernommen.

[1]) Der einzige Fall, in dem man eine solche Verlesung annehmen könnte, wäre, wenn man Mitteis' Erklärung (Chrest. II S. 101) zugrunde legt, BGU. 613, $_{27}$f. $_{33}$. $_{37}$ff. Hier wäre in der Verhandlung vor dem delegierten Strategen das *ὑπόμνημα* des Klägers an den Präfekten, der darauf die Sache an den Strategen überwiesen hatte, verlesen worden: freilich das *ὑπόμνημα* an einen früheren Präfekten (Munatius Z. $_{28}$), während der Anwalt des Klägers sich in der vorliegenden Verhandlung schon auf eine Entscheidung seines Nachfolgers (Liberalis Z. $_{41}$) beruft. Der Fall hat also jedenfalls seine Besonderheiten und ist eine vereinzelte Erscheinung. Wenn sonst von Verlesungen die Rede ist, so beziehen sie sich auf andere Schriftstücke: so Amh. 64, $_{2}$. 65, $_{11}$f.

[2]) Es hat wohl wenig Wert, das ganze Material hierfür mitzuteilen. Ich zähle nach meinen Sammlungen 39 Fälle von ausschließlich oder vorwiegend direkter, 22 von indirekter Rede der Parteien. Vgl. auch Vat. fr. 112; Dig. 4, 2, $_{13}$ (= 48, 7, $_{7}$). 26, 8, $_{21}$. 28, 4, $_{3}$.

[3]) BGU. 163. 388; Catt. $_{IV\ 16}$ff.; Flor. 61; Oxy. 237, $_{VII\ 29}$ff. $_{VII\ 39}$ff. 653. Vgl. auch die in Anm. 2 zitierten lateinischen Protokolle.

nicht vorkommt — auch in einer Anrede an den Kläger oder Beklagten enthalten sein[1]), und er ist auch gar nicht immer das letzte Wort des Richters[2]): bisweilen muß der Inhalt der Entscheidung sogar aus verschiedenen Aussprüchen des Richters zusammengelesen werden.[3]) Und wenn auch das Bestreben, die maßgebende Entscheidung vor allem das Endurteil, äußerlich hervorzuheben, an manchen Anzeichen (z. B. Betonung vorhergehender Beratung, wortgetreuer Verlesung u. a. m.) erkennbar ist[4]), so ist doch die scharfe Herausarbeitung der Urteils-

---

[1]) BGU. 114, $_{\mathrm{I}\,12}$; Catt. $_{\mathrm{III}\,9\cdot\,20\cdot\,\mathrm{V}\,24\cdot\,\mathrm{VI}\,18}$; Flor, 61 $_{59}$ff.; Lond. II 152 f. Nr. 196, $_{13\cdot\,16}$; Oxy. 40, $_{8}$f. 237, $_{\mathrm{VII}\,42\cdot\,43}$. 653. 1117, $_{6}$ff.; Par. 69, $_{\mathrm{III}\,27}$; Straßb. 22, $_{29}$f.; Teb. 488. Vgl. auch CIL VI 266, $_{7}$ (Bruns, Fontes I^{7} 188); Dig. 4, 2, $_{13}$. 26, 8, $_{21}$. 28, 4, $_{3}$. 42, 1, $_{59\cdot\,1}$; Cod. Iust. 7, 46, $_{3\cdot\,4}$.

[2]) Catt. $_{\mathrm{IV}\,16-\mathrm{V}\,25}$; CPR. 18, $_{22}$ff.; Oxy. 237, $_{\mathrm{VII}\,37}$f. $_{41}$f. 653 (Chrest. II 90, $_{25}$f.). 706, $_{11}$ff. 1102; Par. 69, $_{\mathrm{III}\,28}$f. Die lose Form des Verfahrens gestattete auch, daß von den Parteien noch nach dem Urteil unerledigt oder unaufgeklärt gebliebene Fragen aufgeworfen und von dem Richter in Erläuterung oder Ergänzung seines ersten Spruches nachträglich entschieden wurden. So BGU. 19, $_{\mathrm{II}\,20}$ff. 388, $_{\mathrm{III}\,11}$ff. 1085, $_{\mathrm{II}}$; Catt. $_{\mathrm{III}\,4}$ff. $_{\mathrm{VI}\,18}$ff.; vgl. Dig. 28, 4, $_{3}$. 32, $_{97}$. Aus ptolemäischer Zeit fehlt es auch hierfür an Beispielen.

[3]) So namentlich Oxy. 653 (vgl. auch P. Bouriant [Chrest. II 96]. Cod. Iust. 7, 46, $_{3}$). In Flor. 61 ist mit direkten Worten überhaupt keine Entscheidung ausgesprochen; freilich konnte sie aus den Schlußworten leicht entnommen werden, aber das war bei römischen Urteilen nicht immer der Fall, wie die Anfrage bei Scaev. Dig. 26, 8, $_{21}$ zeigt.

[4]) Bemerkung, daß der Spruch nach Beratung mit dem Assessor (*νομικός*) oder Konsilium gefällt ist: Catt. $_{\mathrm{III}\,18\cdot\,\mathrm{IV}\,12\cdot\,19}$; CPR. 18, $_{23}$f.; Oxy. 706, $_{6}$. 1102, $_{4}$; Teb. 286, $_{15}$f. (Chrest. II 83) *σκεψάμ[ενος με]τὰ [τ]ῶν [φίλων]* oder *[παρόντων]*; ebenso ist auch *σκεψάμεν[ος* in BGU. 613, $_{26}$f. (Chrest. II 89) zu verstehen. Vgl. auch CIL II 4125, $_{11}$ (Bruns, Fontes I^{7} S. 404). VI 266, $_{24}$ (Bruns S. 407). X 3334, $_{8}$; Bull. d. Ist. di dir. Rom. III S. 1, $_{13}$ff.; Dig. 28, 4, $_{3}$ (cum deliberasset). Ferner die Bemerkung, daß der Richter sich zur Verkündung des Urteils erhoben habe: Teb. 286 cit.; Thead. 15, $_{20}$. Diktat, Niederschrift, (wortgetreue) Verlesung des Spruches werden erwähnt: BGU. 592, $_{\mathrm{II}\,4}$f.; CPR. 18, $_{24}$f.; Oxy. 1102, $_{5}$f.; vgl. CIL II 4125 (Bruns I^{7} S. 404). Eine allgemein vorgeschriebene Form war die Verlesung in den ersten drei Jahrhunderten nicht: das zeigen Urteile wie das in Flor. 61; Oxy. 237, $_{\mathrm{VII}\,38\cdot\,41}$. 653 deutlich: hier folgte offenbar die Schrift dem Wort. Die Rechtsbücher betonen, daß bei der Verkündung des Endurteils sowohl beide Parteien (Iul. D. 42, 1, $_{60}$; Marcell. D. 28, 4, $_{3}$; Paul. D. 42, 1, $_{47}$pr.) als auch das Officium des Richters (Carus C. 7, 45, $_{6}$) zugegen sein müsse. Vielleicht hängt mit der

formel und die Zuspitzung der ganzen Darstellung auf diesen ihren Schlußstein, wie sie in den ptolemäischen Protokollen die Regel bildet, in den römischen eine Seltenheit.[1]) Vor allem ist bezeichnend, daß der Richterspruch nicht, wie ehedem, durch die Formel ἔγνωμεν usw. (erste Person) eingeleitet, sondern ebenso wie alle anderen Bestandteile des Protokolles stets als Geschehnis (dritte Person: εἶπεν) in den Akten aufgezeichnet wird.[2]) Das Protokoll ist eben nicht mehr eine Darstellung des Gerichts über den Streitstand und seine Entscheidung, sondern ein Bericht des Schreibers über die Amtshandlungen seines Vorgesetzten, den dieser nur durch seine Unterschrift (ἀνέγνων)[3]) als richtig anerkennt.

Nach alledem kann über den geschichtlichen Ursprung und den Charakter des Χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας und ἐμβαδείας im Vollstreckungsverfahren kein Zweifel bestehen. Schon allein die Tatsache, daß diese Beschlüsse von einem Kollegium ausgingen, weist — auch wenn wir nicht wüßten, daß sie von Chrematisten erlassen wurden — auf die ptolemäische Zeit hin: die Römer kannten von sich aus in Ägypten nur Einzelrichter. Ebenso die Form der Beschlüsse: die Benennung der Richter am Kopfe des Protokolles und zwar in genau derselben Weise (bloße Namen im Nominative) wie in dem naheverwandten Pap. Tor. 13

letzteren Vorschrift die mehrfach in unseren Protokollen nach der Mitteilung des Richterspruches begegnende Bemerkung ἐξῆλθεν ὁ ὑπηρέτης zusammen: BGU. 388, III $_{16}$. 592, II $_{9}$f. 613, $_{36}$. $_{42}$ (an letzterer Stelle ist der Protokollauszug ungenau und verkürzt); Oxy. 1102, $_{24}$f. Das Abtreten des Offizialen würde dann ein formaler Ausdruck dafür sein, daß die Verhandlung geschlossen ist. Andere Auffassungen s. bei Gradenwitz, Einführung 10f. 21; Mitteis, Grundz. 31 und Chrest. zu 89, $_{36}$ und 372, V $_{4}$.

[1]) Am nächsten kommen der ptolemäischen Form Protokolle wie BGU. 136; Oxy. 237, VII $_{19}$ff.. 706. Sie mögen ihre Gestalt bei der Übertragung aus der ersten Niederschrift in die Kommentarien (Mommsen, Strafr. 516f.) erhalten haben.

[2]) Ich kenne keine Ausnahme. Nicht selten wird übrigens das Verbum ganz weggelassen und bloß der Name oder die Amtsbezeichnung gesetzt, z. B. BGU. 136, $_{24}$; CPR. 18; Flor. 61; Oxy. 37, II $_{3}$; Rein. 44.

[3]) So BGU. 136, $_{27}$. 163, $_{17}$. 361, II $_{9}$. 592, II $_{10}$; Münch. in Arch. f. Pap. II S. 125 (b), $_{29}$; Oxy. 237, VII $_{29}$; Par. 69 (täglich in den Kommentarien, insbesondere auch bei dem Prozeßprotokoll III $_{30}$); Teb. 287 $_{14}$. $_{22}$.

vom Jahre 147 v. Chr., die Verlesung der Eingabe zu Beginn der Verhandlung, die Fassung des ganzen Beschlusses als eines vom Gericht erstatteten Berichtes[1]), die formale Abhebung des Beschlusses von seinen Voraussetzungen, seine Einführung mit dem bezeichnenden Wort *συνεκρίναμεν*[2]) in der ersten Person als Aussage der Richter: alles das sind Züge, die deutlich darauf hinweisen, daß unsere Beschlüsse der Chrematisten eine Erbschaft aus ptolemäischer Zeit sind.

8. Sehr wichtig für die Vergleichung mit den ptolemäischen Rechtsverhältnissen ist es schließlich, daß die Chrematisten in Berl. 11664, $_7$ [und Flor. 55, $_{11}$f.[3])] bezeichnet werden als *οἱ τὰς [ἐ]ντεύξει[ς] διαλέξαντες*[4]), und daß in den *ἐντεύξεις* der formell an den Präfekten, sachlich an die Chrematisten gerichtete Antrag übereinstimmend lautet: *δεόμαι ἐπὶ τῆς διαλογῆς συγκρῖναι* (Flor. 55, $_{30}$. 56, $_{17}$; [BGU. 1038, $_{23}$]).[5]) Mit dieser letzteren Wendung hat man schon öfters[6]) die folgenden ptolemäischen Texte in Verbindung gebracht.

---

[1]) Von der Anfertigung des Beschlusses ist hier nicht die Rede, vgl. dazu S. 264, $_2$.

[2]) Das Wort läßt sich im Sinne von richterlicher Entscheidung zwar auch noch in römischer Zeit nachweisen (Lond. II 149 Nr. 276, $_2$; Wessely Spec. isag. 11 [19], $_{6\cdot 16}$: Sprüche des *Ἴδιος λόγος*). Vorzugsweise aber gehört es der ptolemäischen Rechtssprache an: Fay. 12, $_{30}$ und Tor. 13, $_{2\cdot 23}$ (Chrematisten); Grenf. I 11, I_9. II_3. III_8 (Einzelrichter mit Konsilium); Magd. 24, $_{12}$ (Strateg). Vgl. Mitteis, Grundz. 19.

[3]) Vgl. oben S. 241.

[4]) Über *διαλέγειν* und *διαλογή* in den Papyrusurkunden vgl. namentlich Mitteis, Hermes XXXII 647f. XXXIV 97 und jetzt Grundzüge 18. 125, $_3$; Naber, Arch. f. Pap. II 33; Wilcken, Arch. f. Pap. IV 372f.; Koschaker, Z.Sav.St. XXVIII 264ff. XXIX 35; Preisigke, Girowesen 297f. Eine Bekämpfung der älteren Meinung, welche *διαλογή* als gleichbedeutend mit *διαλογισμός* (Konvent) ansah, und auch der, daß die *διαλογή* als ein Amt aufzufassen sei, erübrigt sich heute. Diese Ansichten, die schon in der angeführten Literatur zurückgewiesen wurden und zum Teil auch von ihren früheren Vertretern aufgegeben sind, lassen sich vollends gegenüber Berl. 11664 nicht mehr aufrechterhalten. Behandelt werden soll im folgenden die *διαλογή* zunächst nur so weit, als sie zu den angeführten Texten und damit zu den Chrematisten in Beziehung steht: ihr sonstiges Vorkommen beim Erzrichter und Exegeten bleibt hier außer Betracht.

[5]) Ergänzt von Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 33. 34f.

[6]) Wilcken, Koschaker, Preisigke a. a. O. (Anm. 4).

Amh. 33.[1]) Dieser *ἔντευξις* liegt eine Anzeige gegen einen Nomarchen wegen Unterschleifes zugrunde. Die Kläger führen aus: in einem früher in ihrer Sache anstehenden Verhandlungstermin (*καταστάσεως* Z. $_7$; *συνκαθίστασθαι* Z. $_{16}$) hätten sie, als gerade ihre Sache 'eingeführt' sei (*εἰσαγομένων* Z. $_{14}$), bemerkt, daß der Angeschuldigte unter Beistand eines Anwaltes auftrete, obwohl das bei einer *προσοδικὴ κρίσις*, wie der vorliegenden, gesetzlich verboten sei. Wie es scheint haben sie sich damals geweigert, in die Verhandlung zur Sache einzutreten: jedenfalls reichen sie eine neue (die vorliegende) *ἔντευξις*[2]) ein, in der sie den Antrag stellen ($_{21}$ff.): *δεόμεθ' — ἀποστεῖλαι ἡμῶν τὴν ἔντευξιν ἐπὶ τοὺς αὐτοὺς χρηματιστάς, ὅπως ἐπὶ τῆς διαλογῆς τῶν ἐντ[εύ]ξεων συντάξωσιν τῶι Τεσενούφει, μὴ μετὰ συνηγόρου συνκαθίστασθαι.*

Entsprechend heißt es in der Darlehnsklage Fay. 11 (Chrest. II 14) ($_{24}$ff.): *δ[έ]ομαι ἀπο[σ]τεῖλαι μου τὴν ἔντευξιν*

---

[1]) Vgl. zu dieser Urkunde Wenger, Arch. f. Pap. II 33ff.; Wilcken ebend. 121; Gradenwitz ebend. III 39; Meyer, Klio VII 291; Koschaker, Z. Sav. St. XXVIII 264f.; Zucker, Philol. Suppl. XII 61; Mitteis, Grundz. 4f.; Semeka, Ptol. Prozeßr. I 31. 135ff. 163f. 177f. Auf die Besonderheiten, welche die Urkunde hinsichtlich der Verbindung von Chrematisten und Verwaltungsbeamten aufweist, braucht nicht eingegangen zu werden. Für die hier behandelten Fragen trägt es nichts aus, ob man für die Hauptverhandlung einen gemeinsamen Gerichtshof unter dem Vorsitz des *ἐπιμελητής* und Beisitz der Chrematisten annimmt, oder ob man in den letzteren ein *συνέδριον* ($_8$) etwa nach Art von Straßb. Inv. 277 erblickt, so daß die Verhandlung lediglich vor ihnen stattgefunden hätte und dem *ἐπιμελητής* und *βασιλικὸς γραμματεύς* das Urteil nur zur Genehmigung und Verkündung unterbreitet wäre. Auf jeden Fall fand nach der Urkunde die Vorprüfung der *ἔντευξις* nur durch die Chrematisten statt.

[2]) Auch dies ist eine *ἔντευξις εἰς τὸ τοῦ βασιλέως ὄνομα*, denn die Kläger bitten in der üblichen Weise um Zusendung an die Chrematisten, für deren *διαλογή* sie ihren Antrag stellen. Wenn Mitteis, Grundz. 2, $_4$ unsere Urkunde zu denjenigen Verwaltungssachen zählt, die tatsächlich an den König eingereicht seien, was sich aus der darauf gesetzten Subskription der königlichen Kanzlei ersehen lasse, so ist das wohl nur ein Versehen. Jedenfalls enthalten Z. $_{27}$ff. nicht eine zur Erledigung der vorstehenden Eingabe darauf gesetzte königliche *ὑπογραφή*, sondern ein vom Kläger beigefügtes *πρόσταγμα* früherer Zeit, auf das er in seiner *ἔντευξις* Bezug nimmt (Z. $_{16}$f.).

ἐπὶ τ[ο]ὺς — χρηματιστάς, — ὅπως διαλέξαντες αὐτὴν εἰς κατ[ά]στασιν καὶ ἀνακαλεσάμενοι τὸν Θέωνα — κρίνωσιν —.

Diesen Urkunden darf man zwei andere anreihen, in denen der Ausdruck *διαλέγειν* durch das hier offenbar gleichwertige *χρηματίζειν* ersetzt ist.

Fay. 12 (Chrest. II 15) ($_{26}$ff.): *δέομαι ἀποστεῖλαι μου τὴν ἔντευξιν ἐπὶ τοὺς — χρηματιστάς —, ὅπως χρηματίσαντες αὐτὴν καὶ προσκαλεσάμενοι τὸν — Διοκλῆν — συνκρίνωσι —.*

Tor. 3 (= Par. 14) ($_{31}$ff.): *δέομαι — ἀναπέμψαι μου τὴν ἔντευξιν ἐπὶ τοὺς — χρηματιστάς —, ὅπως χρηματίσαντες αὐτὴν εἰς κρίσιν καὶ μεταπεμψάμενοι τοὺς ἐγκαλουμένους — ἐπισκέψωνται, ἵν', ἐὰν ᾖ οἷα προφέρομαι, κρίνωσι —.*

Betrachten wir zunächst diese ptolemäischen Texte ganz für sich, um ein Bild der *διαλογή* für die ältere Zeit und die *χώρα* zu gewinnen, so läßt sich folgendes feststellen.

Das Verfahren *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* fand in einem der Hauptverhandlung (*κατάστασις*[1])) voraufgehenden besonderen Termine statt. Nur so ist es verständlich, wenn von *διαλέγειν* (*χρηματίζειν*) *τὴν ἔντευξιν εἰς κατάστασιν* oder *εἰς κρίσιν* gesprochen wird: das kann nur bedeuten, die Chrematisten sollen die Eingabe für die Hauptverhandlung (den Prozeß) prüfen, d. h. untersuchen, ob sie für diese zuzulassen sei. Der Gegensatz zwischen dem vorprüfenden und erkennenden Gericht tritt klar hervor.[2]) Und nur so erklärt es sich weiter,

---

[1]) Daß *κατάστασις* (*καθιστάναι*), wie auch sonst, so namentlich bei den Chrematisten von der Hauptverhandlung, d. h. der kontradiktorischen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht gebraucht wird, zeigen Tor. 1, $_{\text{II} 8}$. 13, $_7$; Petr. III 25, $_{10}$; Berl. Inv. 11306, $_5$ (Schubart, Pap. gr. Berol. 6a; Preisigke, Sammelbuch 3925).

[2]) Anderer Ansicht ist Mitteis, Grundz. 18, der *διαλογή* nicht von einem Prüfungstermin, sondern lieber 'einfach als Verhandlung' verstanden wissen will. Demgegenüber kann ich in den obigen Texten das *εἰς* mit Akkusativ nicht verstehen. Man würde von Mitteis' Standpunkt aus dabei doch notwendig an ein Prüfen für das Urteil denken müssen. Nun kann unter *κρίσις* zwar das Urteil verstanden werden, wenn auch, soweit ich sehe, die Bedeutung Prozeß vorwiegt; aber *διαλέγειν εἰς καταστάσιν* (in Fay. 11 cit.) kann jenen Sinn nicht haben, muß notwendig heißen 'auslesen, prüfen für die Verhandlung (das „Auftreten" der Parteien vor Gericht)'. Ich werde an meiner Auffassung auch nicht beirrt durch Oxy. 237, v_{37} und Lond. II 152f. Nr. 196, $_{17}$f. (Chrest. II 87), auf welche Stellen sich übrigens auch M. nicht berufen hat. Gradenwitz

daß als Ergebnis der Prüfung ein Beschluß der Chrematisten über die Ladung des Beklagten[1]) gefordert wird: Verfügte das Gericht diese Ladung, so war damit auch die Einführung (*εἰςάγειν*) der Sache in die Hauptverhandlung zugelassen, andernfalls abgewiesen.[2]) In dieselbe Richtung weist Amh. 33 cit.: die Kläger verlangen, dem Angeschuldigten solle im Prüfungstermin (*ἐπὶ τῆς διαλογῆς*)

(Arch. f. Pap. I 331) will an ersterer Stelle *διαλέξεων* lesen und die letztere durch *διαλεξο[μένου* ergänzen: dabei versteht er das Substantivum wie das Verbum beide vom Spruche des Richters. Das halte ich für unzulässig, wenigstens finde ich keinen Beleg für eine solche Bedeutung der fraglichen Worte in den Quellen. Mitteis (Chrest. II 87) ergänzt in Lond. cit. *διαλέξο[μαι*, das im Text auf den Juridicus, den erkennenden Richter, also auf die Hauptverhandlung zu beziehen wäre. Aber hier steht (die Richtigkeit der Ergänzung vorausgesetzt) nicht das Aktivum, sondern das Medium, und daß dieses, auf den Richter bezogen, ʻsich mit den Parteien unterredenʼ oder ʻden Prozeß vor sich verhandeln lassenʼ bedeuten kann, soll nicht in Abrede gestellt werden. Bemerkenswert ist übrigens auch der Sprachgebrauch von *διάλογος* in Teb. 58, $_{23}$. $_{31}$. $_{59}$, wo jedenfalls ein Prüfungstermin gemeint ist: aber es handelt sich nicht um einen Rechtsstreit, sondern um Steuerpacht.

[1]) Die Chrematisten sollen laden lassen (*ἀνακαλεσάμενοι, προςκαλεσάμενοι, μεταπεμψάμενοι*: Medium), d. h. sie sollen die Ladung anordnen. Die Ausführung der Ladung gehört in ihren Einzelheiten nicht hierher. Sie erfolgte in den uns bekannten Fällen durch Zustellung einer Abschrift der *ἔντευξις* (Berl. Inv. 11306, $_{2}$f. [S. 284, $_{1}$]; Tor. 13, $_{17}$; Teb. 29, $_{6}$f.) entweder durch ein amtliches Organ (Tor. 13, $_{18}$; Berl. Inv. 11306; Fay. 11, $_{29}$. 12, $_{30}$; Tor. 3, $_{39}$) oder durch den Kläger selbst (Teb. 29, $_{4}$ff. [Chrest. II 24]). Dabei ist für unsere Untersuchung wichtig, daß auch im letzteren Falle (Parteiladung) betont wird, daß die Ermächtigung zur Zustellung der *ἔντευξις* von den Chrematisten ausging; Teb. 29, $_{6}$f.: *Ἀκουσίλαο[ς καὶ Πτο]λεμαῖος* (Kläger) — *ἀποδέδωκάν μοι παρ' ὑμ[ῶν* (Chrematisten) *ἀντί]γραφον ἐντεύξεως*. Ausgeschlossen ist übrigens nicht, daß hier die Kläger nur als Urheber der Beschuldigung genannt sind, und daß die Zustellung auch in diesem Falle durch einen Amtsboten erfolgte.

[2]) Meines Erachtens ist auch hier die Ausdrucksweise in Fay. 11. 12; Tor. 3 cit. nicht mißverständlich: die *ἔντευξις* soll den Chrematisten zugehen, damit diese, nachdem sie die Eingabe (auf ihre Verhandlungsfähigkeit für die *κατάστασις*) geprüft haben — Inhalt des Verfahrens *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* — und die Ladung angeordnet haben — Ergebnis dieses Verfahrens — dann (in der Hauptverhandlung) — wenn sich das klägerische Vorbringen als wahr erweist (Tor. 3), den Beklagten verurteilen. Wer die Prüfung (*διαλέγειν*) in die Hauptverhandlung (*κρίνειν*) verlegt, muß erklären, warum die Ladung dazwischengeschoben wird.

anbefohlen werden, daß er bei der Hauptverhandlung (*συν-ʿκαθίστασθαι*) ohne Anwalt erscheine[1]): also auch hier eine scharfe Scheidung beider Stadien des Verfahrens.

Weiter lernen wir aus den behandelten ptolemäischen Texten, daß das Vorverfahren *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* vor den Chrematisten selbst stattfand. Das muß besonders betont werden gegenüber den Versuchen in der neueren Literatur, welche die Prüfung der *ἐντεύξεις*, um eine Angleichung an die Grundsätze des attischen Prozesses zu erreichen, dem *εἰςαγωγεύς* zuweisen wollen.[2]) Der klare Wortlaut unserer Urkunden läßt eine solche Deutung nicht zu.

Ferner ist zu beachten, daß in Amh. 33 gefordert wird, die Chrematisten sollten die gewünschte Anordnung *ἐπὶ τῆς διαλογῆς τῶν ἐντεύξεων* — Plural! — treffen. Man darf daraus wohl entnehmen, daß die Vorprüfung der gesamten, durch Einwurf in das *ἀγγεῖον* zusammengekommenen Eingaben, wenn möglich, in einem Termin erledigt wurde. Und es läßt sich vermuten, daß dieser Termin möglichst bald nach dem Eintreffen (*ἐμβαλεῖν*) des Wandergerichts stattfand, daß dann zunächst die beschlossenen Ladungen der Beklagten ausgeführt und schließlich nach angemessener Frist[3]) die Hauptverhandlungen abgehalten wurden.

---

[1]) Vgl. S. 283. Eine (formelle) Ladung erübrigt sich hier wohl deshalb, weil sie jedenfalls schon für die erste Verhandlung ($_{6-16}$) erfolgt war: es genügte, daß der Beklagte den neuen Termin erfuhr, dessen Ansage ja leicht mit der Übermittlung der begehrten Anordnung verbunden werden konnte. Ob übrigens die Kläger den rechten Weg gewählt hatten, um ihr Begehren durchzusetzen, und wie die Chrematisten über ihre *ἔντευξις* entschieden, vermögen wir nicht zu erkennen.

[2]) So Dikaiomata 32; Semeka, Ptol. Prozeßrecht I 128f. Dieser Forscher nimmt das thema probandum als bewiesen und erklärt den Plural *ἀνακαλεσάμενοι* usw. daraus, daß der *εἰσαγωγεύς* im Namen der Chrematisten gehandelt habe: mit welchem Recht? Vgl. S. 262. 288, $_{2}$.

[3]) Es wäre begreiflich, wenn man diese Frist kurz bemessen hätte, damit der Aufenthalt der Wanderrichter an den einzelnen Orten sich nicht gar zu sehr ausdehnte. In der Tat finden wir, daß dem Beklagten in Berl. Inv. 11306 (Schubart, Pap. gr. Berol. 6a; Preisigke, Samml. 3925) nur fünf Tage bis zum Erscheinen in der Hauptverhandlung (*κατάστασις*) gegeben werden. Das war wenig, wenn er z. B. die *δικαιώματα* ($_{5}$) nicht gleich bei der Hand hatte oder sich sonst Hindernisse einstellten. Wir lassen dem Beklagten heute länger Zeit.

An und für sich interessant, aber für unsere Untersuchung von geringer Bedeutung ist die Frage, welche Punkte der Prüfung im Vorverfahren unterlagen. Daß über die Zulässigkeit einer Beistandschaft beschlossen werden konnte, ergibt Amh. 33. Ferner möchte man vor allem annehmen, daß die Chrematisten von vornherein ihre sachliche und persönliche Zuständigkeit zu untersuchen hatten.[1]) Aber wir bewegen uns hier auf unsicherem Boden.[2])

Nicht unwichtig dagegen ist es festzustellen, daß die Grundlage der Prüfung die *ἔντευξις* bildete: stets erscheint sie in unseren Texten als der Gegenstand des *διαλέγειν* (*χρηματίζειν*). Selbstverständlich mußten die Chrematisten also ihren Wortlaut kennen: nur *ἀναγνωσθείσης ἐντεύξεως* konnten sie ihre Entscheidung treffen.

Deutlich zeigen schließlich die ptolemäischen Urkunden, daß das Verfahren *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* ohne den Beklagten vor sich ging, denn bei dieser Vorprüfung wurde ja regelmäßig erst über seine Ladung entschieden.[3]) Erwähnt wird in

---

[1]) Also die Frage, ob die Sache zu den *βασιλικά, προσοδικά, ἰδιωτικά* zählte (vgl. S. 250, $_1$); ferner, ob die Vorschriften über die Nationalität der Parteien zutrafen, also die Sache nicht vor die Laokriten oder das *κοινοδίκιον* gehörte. Diese Ansicht erhält eine gewisse Unterstützung durch die Fassung von Teb. 5, $_{207}$ff. (Chrest. II 1). Denn hier richtet sich das Verbot und Gebot geradezu an die Chrematisten: *κρίσεις μὴ ἐπισπᾶσθαι τοὺς χρημα(τιστάς), ἀλλ' ἐᾶν διεξάγεσθαι ἐπὶ τῶν λαοκριτῶν* ($_{218}$ff.). Die Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß das Gericht seine Zuständigkeit von Amts wegen, also doch, wenn möglich, von vornherein vor Eintritt in die sachliche Verhandlung zu prüfen hatte. Indessen soll diese Auslegung der Worte nur als naheliegend, nicht als notwendig hingestellt werden.

[2]) Da, wie im folgenden dargelegt ist, der Beklagte nicht bei dem Prüfungstermin anwesend war, mußten die Gründe der Abweisung des Hauptverfahrens wegfallen, welche auf einem von seiner Seite zu erhebenden Einwande beruhten, wie sie im attischen Recht eine so große Rolle spielten. In der Regel wird es sich also bei der *διαλογή* der Chrematisten um solche Punkte gehandelt haben, die das Gericht von Amts wegen berücksichtigen mußte.

[3]) Ein Zweifel könnte in dieser Hinsicht nur bestehen, wenn, wie im Falle von Amh. 33, die Sache schon anhängig war. Aber gezwungen sind wir auch hier nicht, eine zweiseitige *διαλογή* anzunehmen. Denn das *συντάσσειν* ($_{23}$) dieser Urkunde schließt nicht notwendig einen Befehl an den gegenwärtigen Beklagten in sich: die Anordnung konnte ihm

unseren Texten auch nichts von der Anwesenheit des Klägers: ob sie erforderlich oder wenigstens zulässig war, bleibt also zweifelhaft. Die Frage dürfte aber bejaht werden, wenn Grenf. I 40 (Chrest. II 25) in dem Sinne aufzufassen wäre, daß in diesem Schreiben der *εἰσαγωγεύς* der Chrematisten dem Kläger Mitteilung von dem bevorstehenden Eintreffen des Gerichts machte. Dafür spricht allerdings die Wahrscheinlichkeit.[1] [2]

Vergleichen wir diese Ermittelungen über die *διαλογή* in der *χώρα* unter den Ptolemäern mit dem, was wir aus den alexandrinischen Protokollen der römischen Zeit wissen, so steht auch hier die Tatsache im Vordergrund, daß die Verhandlung vor dem Kollegium der Chrematisten stattfand. Dessen Aufgabe wird, wie ehedem, zutreffend durch die Worte *διαλέξαντες τὰς ἐντεύξεις* gekennzeichnet, und darunter wird auch jetzt noch die Prüfung der formell an den (Vize-) König gerichteten Eingaben verstanden. In gleicher Weise begann die Prüfung mit der Verlesung der *ἔντευξις*: am Eingange des Protokolles wurde das ausdrücklich vermerkt.

---

ebenso wie die *ἔντευξις* und Ladung schriftlich zugefertigt oder durch Boten ausgerichtet werden.

[1]) Daß Grenf. I 40 keine Ladung der Beklagten enthält, zeigt eine Vergleichung mit Berl. Inv. 11306 (S. 284, 1) offenkundig. So ist also anzunehmen, daß das Schreiben vom *εἰσαγωγεύς* an den Kläger gerichtet wurde. Vgl. auch Dikaiomata 203, 1: freilich möchte ich aus Wilckens Lesung *κ[αλῶς] ἔχειν ἔκρινον* allein keinen Schluß auf den *εἰσαγωγεύς* als Subjekt ziehen, denn diese Wendung braucht auch das Gericht der Chrematisten: Tor. 13, 22 *κ[αλῶ]ς ἔχειν ἡ[γού]μενοι*. Das Schreiben hat, wie der Gebrauch des genauen Titels in der Adresse schließen läßt, amtlichen Charakter: wenn aber der Kläger von Amts wegen aufgefordert wird, sich für das Eintreffen der Chrematisten bereit zu halten, so liegt es nahe anzunehmen, daß er damit schon zu ihrem ersten Akt, der Vorprüfung, zugezogen werden sollte. Es mußte auch für die Chrematisten selbst wünschenswert sein, vom Kläger Aufklärung über seine *ἔντευξις* fordern zu können.

[2]) Darin, daß die *διαλογή* ohne den Beklagten vor sich ging, liegt ein ganz wesentlicher Unterschied gegenüber der *ἀνάκρισις* des attischen Prozesses. Diese war ein kontradiktorisches Verfahren: sie führte nicht zur Ladung des Beklagten, sondern setzte voraus, saß eine gültige Ladung (*πρόσκλησις*) erfolgt war, und gab seinem Widerspruch (*ἀντιλέγειν*) sehr weiten Raum. Es ist wichtig, diese Verschiedenheit zu betonen, weil aus der Gleichsetzung schon manche irrigen Folgerungen gezogen sind. Vgl. S. 262. 286.

Und vor allem: zugegen war nur der Gläubiger oder sein Bevollmächtigter, nicht der Schuldner: einst wie jetzt vollzog sich also die Verhandlung ohne den belangten Teil.

Freilich das Ziel des Verfahrens war ein ganz anderes. Nicht handelte es sich um die Erledigung von Vorfragen, um die Ladung des Beklagten und die Eröffnung der Hauptverhandlung, die dann beiden Teilen Gehör gab und mit dem Urteil der Chrematisten endete. Hier kam eine solche *κατάστασις* gar nicht in Frage, vielmehr führte das Verfahren *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* selbst zum *συγκρίνειν* des Gerichts, d. h. zum Erlassen eines die Rechtsverhältnisse der Parteien ordnenden Beschlusses. Und gerade weil der Zweck und der Ausgang ein so verschiedener war, verstärkt sich der Eindruck, daß das Vollstreckungsverfahren auf Grund von Exekutivurkunden, soweit die Chrematisten damit befaßt waren, wenigstens in seinen Grundzügen schon in ptolemäischer Zeit so geschaffen wurde, wie wir es später vor uns sehen, und daß eben nur der äußere Aufbau des Verfahrens *ἐπὶ τῆς διαλογῆς* hier und bei der streitigen Gerichtsbarkeit die gleiche Anlage aufwies.

III. Ermittelungen und Feststellungen.

Im *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und *ἐμβαδείας* wird, wie schon angedeutet (S. 235. 237), ausgesprochen, daß bestimmte Prozeßhandlungen und Ermittelungen vor dem Gericht der Chrematisten, also *ἐπὶ τῆς διαλογῆς*, vorgenommen wurden (Verlesung der *ἔντευξις* usw.). Andere wurden dem Nachverfahren *ἐπὶ τῶν τόπων* zugewiesen, wo Strateg und Praktor[1]) ebenfalls das Vorliegen gewisser Voraussetzungen feststellen mußten, ehe sie ihre Hand zur Durchführung von Pfändung und Besitzeinweisung reichten. Im folgenden sollen nicht der Hergang und alle Einzelheiten dargelegt[2]), sondern nur zwei Punkte einer Prüfung unterzogen werden.

---

[1]) Welche der beiden Behörden in Betracht kommt, bleibt hier vorläufig dahingestellt.

[2]) Vgl. dafür Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 33ff.; Mitteis, Grundz. 159f.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 80ff.; Raape, Verfall des Pfandes 118ff.

1. Vorlegung der Schuldurkunde.

Das Recht des Gläubigers beruhte in den uns bekannten Fällen auf einer exekutiven Schuldurkunde. Auf sie hatte er sich in der *ἔντευξις* berufen, ihr Vorhandensein mußte vor der Behörde festgestellt werden.[1]) In dem Vollstreckungsverfahren, dessen Protokoll uns in Berl. 11664 erhalten ist, wurde sie in der Verhandlung vor den Chrematisten vorgelegt ($_8$ff.): *τῆς [δὲ δι' αὐτ]ῆς σημαινομένης συνγραφῆς ὑπογεγραμμένης ἐκ [τῆς τοῦ Ναν]αίου βιβλιοθήκης ἐπενηνεγμένης.*

Hiernach wird man BGU. 239, $_{11}$ ergänzen müssen: *[τῆς δὲ] δι' αὐτῆς σημαινομ[ένης συγγραφῆς ὑπογεγραμμένης ἐπενηνεγμένης*, und vor dem letzten Wort vielleicht auch hier einfügen dürfen: *ἐκ τῆς τοῦ Ναναίου βιβλιοθήκης* oder kürzer *ἐκ τοῦ Ναναίου.*

Offenbar haben wir damit auch die Erklärung für den entsprechenden Satz in Flor. 56, $_6$: *τῆς δὲ δι' αὐ[τῆς δεδηλω]μένης* — oder auch hier *σημαινο]μένης* — *κατα[γρα(φῆς)]*[2]) *ὑπογεγρα(μμένης) ἐπενηνεγμένης*

und zugleich das Vorbild für Flor. 55, $_{13}$: *[τῆς δὲ δι' αὐτῆς σημαινομέ]νης*[3]) *κα[τ]αγραφῆς*[2]) *ἐπενη[νεγμένης —].*

---

[1]) Handelte es sich um Vollstreckung eines Urteils, so mußte der Gläubiger sich notwendig auf dieses berufen und es der Behörde vorlegen: die dem Anspruch zugrunde liegende Urkunde konnte nicht mehr genügen. Aus römischer Zeit haben wir keinen Beleg, daß die Chrematisten durch einen *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* oder *ἐμβαδείας* oder sonst auf irgendeine Weise mit der Urteilsvollstreckung, über die wir überhaupt nur recht dürftige Spuren in den Quellen haben, befaßt gewesen wären. Die ptolemäische Urkunde Tor. 13 (Chrest. II 29), in der die Chrematisten die Vollstreckung ihres eigenen Urteils anordnen, kann hier auch zur Vergleichung nicht herangezogen werden, weil eine ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, wie sie darin vorausgesetzt ist, den Chrematisten der Kaiserzeit abging. Die Urteilsvollstreckung scheidet also für uns aus.

[2]) Daß auch die hier genannte *καταγραφή* als rechtsgeschäftliche Urkunde angesehen werden muß, wird unten (S. 303ff.) dargelegt werden.

[3]) Nicht ist mit Vitelli zu ergänzen: *δι' αὐτοῦ* (d. i. *'Εξακῶντος*) *ὑπογεγραμμέ]νης.* Vorher ging der Name des Gläubigers, bei dem in *τοῦ 'Αλ . .* doch wohl der Name des Vaters steckt: das Demotikon *'Αλθαιέως*, an das Wilcken (Arch. f. Pap. IV 434) denkt, steht, soweit ich sehe, immer ohne Artikel.

Zur Erläuterung mag auf folgendes hingewiesen sein.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine urschriftliche Ausfertigung der Schuldurkunde vorgelegt werden mußte. Denn nur aus dieser konnte mit ausreichender Sicherheit entnommen werden, ob die vom Gläubiger behauptete Forderung vollstreckungsreif vorlag. Unsere Annahme findet ihre äußere Bestätigung darin, daß in den angeführten Texten bemerkt wird, die beigebrachte Urkunde sei (vom Aussteller) unterschrieben. Denn seine oder seines Schreibvertreters Unterschrift ist der Urschrift eigentümlich: Abschriften haben überhaupt keine[1]) oder doch nur eine nachgebildete[2]) Unterschrift. Dieser Punkt ist nicht unwichtig. So sehr das Verfahren auch darauf abgestellt war, den Schuldner für seine Verteidigung auf den Widerspruch (*ἀντίρρησις*) zu verweisen, so ist doch begreiflich, daß die Urkunde, auf der das Recht des Gläubigers zur Forderung und Vollstreckung beruhte, von Amts wegen eingesehen und damit sowohl hinsichtlich ihrer Echtheit und Unverfälschtheit, wie auch hinsichtlich ihrer Form und ihres Inhaltes, soweit davon die Vollstreckbarkeit abhing, geprüft wurde.[3])

---

[1]) So BGU. 193. 196. 834; Lond. II 217f. Nr. 277; Lond. III 104f. Nr. 1166; Oxy. 271. 506; weiter auch CPR. 24; Fay. 90; Goodsp. 27; Lond. II 206f. Nr. 298; Lond. II 216 Nr. 360; Lond. III 171f. Nr. 918; Oxy. 94. In den ersteren Stellen ist die Abschrift als solche bezeichnet, in den letzteren nicht.

[2]) *Ἀντίγραφον ἀπογραφῆς*: BGU. 1045; CPR. 4; Grenf. II 69; Oxy. 494. In den Urkunden BGU. 77. 1013; Teb. 399 deutet die gleiche Hand von Text und Unterschrift darauf hin, daß wir eine Abschrift vor uns haben.

[3]) In Betreff der Form war zu prüfen, ob die Schuldurkunde öffentlich errichtet oder ob sie als Privaturkunde der Verlautbarung (*δημοσίωσις*) unterzogen war. Was den Inhalt anlangt, war zu fragen, ob die Urkunde die Vollstreckungsklausel trug, ob die Forderung durch Pfand gesichert war, und wenn das der Fall war, welcher Art das Pfand war, ob Hypothek oder Hypallagma. Vielleicht unterlagen auch noch andere Punkte der Prüfung (Geldforderung, Fälligkeit?). Alles das soll hier nur angedeutet werden: auf einzelne dieser Fragen werden wir zurückkommen. Übrigens soll mit den Ausführungen des Textes selbstverständlich nicht gesagt sein, daß in den Punkten, die von Amts wegen geprüft wurden, der Widerspruch des Schuldners ausgeschlossen gewesen wäre.

Damit hängt noch ein Weiteres zusammen. Nach Berl. 11664, $_9$f. wurde die Urkunde vom Gläubiger aus dem öffentlichen Archiv des *Ναναῖου*[1]) beigebracht: sie muß also dort hinterlegt gewesen sein.[2]) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß durch diese Verwahrung die Urkunde vor Verlust und Verfälschungen sichergestellt werden sollte. Gerade die Erwähnung der *βιβλιοθήκη τοῦ Ναναίου* aber ruft sogleich den Gedanken an das zweite neben ihr stehende Archiv, die *βιβλιοθήκη Ἁδριανή* und damit an die *δημοσίωσις* wach. Bisher war die Ansicht die, daß diese Verlautbarung nur bei Privaturkunden Platz griff[3]): müssen wir sie mit Rücksicht auf unsere Urkunde, nach der eine *συγγραφή*, das ist hier offenbar eine öffentliche Urkunde[4]), im *Ναναῖου* aufbewahrt wurde, ändern und annehmen, daß die *δημοσίωσις* auch bei solchen Urkunden vorkam und insbesondere für ihre Verwertung im Vollstreckungsverfahren notwendig

[1]) Die Ergänzung von Schubart und Plaumann in Z. $_{10}$ *ἐκ [τῆς τοῦ Ναν]αίου βιβλιοθήκης* darf nicht angezweifelt werden, trotzdem sie um 2—3 Buchstaben größer ist als die der übrigen Zeilenanfänge. Ich würde eher glauben, daß der zweite Artikel fehlte, als daß ein anderer Verwahrungsort angegeben gewesen wäre.

[2]) Ob in Flor. 55, $_{13}$ und 56, $_6$ dasselbe Archiv oder überhaupt eine öffentliche Verwahrungsstelle gemeint war, steht dahin. Die folgenden Erörterungen zeigen, daß die Verwahrung nicht vom Gesetz gefordert war, sondern im Belieben des Gläubigers stand. Vgl. S. 296.

[3]) Die dafür in Betracht kommenden Urkunden sind von mir Z. Sav. St. XXXIV 108ff. zusammengestellt. Auf die seitdem in Oxy. X und Soc. Ital. III bekannt gewordenen, hierher gehörenden Texte einzugehen, würde an dieser Stelle eine zu große Abschweifung nötig machen. Ich muß mich also damit begnügen, meiner Überzeugung Ausdruck zu geben, daß sie ebensowenig einen Anlaß bieten, das oben Gesagte einzuschränken, wie die *συγγραφή* in Berl. 11664.

[4]) Über die öfter behandelte Frage, ob *συγγραφή* auch eine Privaturkunde bedeuten kann, s. neuerdings Grenfell-Hunt zu Oxy. 1266, $_{17-19}$. Betreffs des Berliner Textes wird die vollständige Veröffentlichung der Urkunde wohl noch nähere Aufklärung bringen. Aber schon jetzt, soweit ich den Wortlaut kenne, möchte ich hervorheben, daß eine Privaturkunde vor allem deshalb als ausgeschlossen gelten muß, weil sonst hier in einem amtlichen und wahrscheinlich in Urschrift vorliegenden Schreiben des Erzrichters, in welchem er dem Strategen die Abschrift des Gerichtsbeschlusses mitteilt, die für das Vollstreckungsverfahren notwendige *δημοσίωσις* hätte erwähnt sein müssen. Auch Kürzungen des Beschlusses dürfen hier nicht unterstellt werden.

war? Ich glaube nicht: denn einmal ist zu beachten, daß hier eben nur das *Ναναῖον* genannt ist, während bei wahrer *δημοσίωσις*, seitdem die beiden Archive bestanden[1]), sie in allen uns bekannten Fällen auch beide zusammen aufgeführt werden.[2])[3]) Noch mehr aber fällt folgender Umstand ins Gewicht. Während eine Privaturkunde nur dann zur Grundlage des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens gemacht werden konnte, wenn sie (in der vorgeschriebenen Form) in die alexandrinischen Archive eingebracht war[4]), ist allem Anschein nach bei der öffentlichen Urkunde die Verwahrung im *Ναναῖον* und folgeweise die Vorlegung aus diesem Archiv in der Gerichtssitzung der Chrematisten, wie sie Berl. 11664 aufweist, keine gesetzliche Voraussetzung für den Erlaß des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* gewesen.

---

[1]) Ob das für unsere Urkunde zutrifft, läßt sich nicht mit Sicherheit sagen. Wir wissen zwar, daß der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* dem Jahre 133 angehört, nicht aber, wann die in ihm erwähnte *συγγραφή* errichtet und hinterlegt wurde. Die hadrianische Bibliothek können wir neben der des Nanaion bis in das Jahr 127 zurückverfolgen (Oxy. 34).

[2]) BGU. 578, $_{18}$; Lips. 10, $_{\text{II } 25}$; Oxy. 34; Oxy. 1200, $_{49}$. Bei Oxy. 719 darf angenommen werden, daß das zweite Archiv in dem verlorenen Schluß genannt war, also etwa: *συνκαταχωρ[ίσαι* —] — *εἰς τ[ὴν Ἁδριανὴν βι]β[λι]οθήκην, εἰς* [*δὲ τὸ Ναναῖον* (oder *τὴν τοῦ Ναναίου*) *τὸ ἴσον*. Auch Lond. III S. XLVIII Nr. 949 wird schwerlich eine Ausnahme bilden. Denn wenn eine Abschrift an das *Ναναῖον* gesandt werden sollte, so wird wohl auch hier wie sonst bei der *δημοσίωσις* die Urschrift der *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* eingeliefert sein. Ein sicheres Urteil ist, wie ich schon an anderer Stelle hervorhob (Z. Sav. St. XXXIV 110), bei der Kürze des Berichts des Herausgebers, der namentlich kein Urteil über die Möglichkeit der Ergänzungen der verlorenen linken Seite der Urkunde zuläßt, nicht möglich.

[3]) Wenn es sich in Berl. 11664 um *δημοσίωσις* handelte, müßte es auch auffallen, daß hier die Urschrift (S. 291) der (öffentlichen) Urkunde gerade aus dem *Ναναῖον* herbeigeschafft wird. Man sollte dafür die *Ἁδριανὴ βιβλιοθήκη* erwarten, denn bei der Verlautbarung von Privaturkunden gelangte in dieses Archiv immer eine Urschrift, in das *Ναναῖον* dagegen häufig nur eine Abschrift. Man müßte nach dem Vorbild von BGU. 578, $_{17}$ die Hinterlegung zweier Urschriften der *συγγραφή* unterstellen, um eine für das *Ναναῖον* annehmen zu können. Und auch dann bliebe die Frage übrig, warum die Urkunde dem Archiv entnommen wurde, das zufällig, warum nicht dem, das notwendig eine Urschrift enthielt.

[4]) Jörs, Z.Sav.St. XXXIV 140.

Das tritt deutlich hervor, wenn man BGU. 1038 (Chrest. II 240) zur Vergleichung heranzieht. Auf den ersten Blick zwar könnte man sich versucht fühlen, in Z. $_{13}$f. zu ergänzen: *τῶ[ν δὲ δι' αὐτῆς σημαινομένων διαγραφῶν* (vgl. Z. $_{19}$) *ὑπογεγραμμένων ἐπενηνεγμένων*. Aber es ist nicht möglich, diese Worte in den zur Verfügung stehenden Raum einzufügen, ohne mit erheblich größeren Abkürzungen zu rechnen, als sie die Urkunde sonst bietet.[1]) Erfreulicherweise deutet der, wenn auch nur bruchstückweise erhaltene Text selbst auf einen andern Weg. Wenn es in der *ἔντευξις* heißt ($_{26}$): *]διαγραφὰς εὕρῃ οὔσας ἐν καταχ[ωρ]ισμῷ ἐπὶ τῶν τόπων*, und entsprechend im Pfändungsbeschluß ($_{15}$): *ἐὰν ὦσ(ι) γεγονυῖαι αἱ μ[. . . .]υμεναι διαγραφαί*, so ist daraus zu schließen, daß in diesem Falle der Gläubiger die in Frage stehenden Bankurkunden nicht bei der *διαλογή* aus einem alexandrinischen Archiv den Chrematisten vorlegte, sondern erst bei Gelegenheit der im Pfändungsbeschluß angeordneten Erhebungen *ἐπὶ τῶν τόπων* dem diese Verhandlungen leitenden Beamten, wahrscheinlich dem Strategen, die dort in Verwahrung befindlichen Urkunden nachwies. Man wird sich die Lage demnach folgendermaßen vorstellen müssen: Die Chrematisten hatten zu bestimmen, ob der Gläubiger sein Recht, die Vollstreckung zu begehren, vor ihnen selbst oder im forum executionis durch die Urkunde, welche das maßgebende Schuldverhältnis verbriefte, klarlegen sollte. Im ersteren Falle (Berl. 11664; Flor. 55. 56; wahrscheinlich auch BGU. 239) führte ihr Pfändungsbeschluß die Beibringung der Urkunde als Grund seines Erlasses an, im zweiten (BGU. 1038) machte er das Vorhandensein der Urkunde zur Bedingung der Durchführung der Pfändung.

---

[1]) Zwischen den Zeilen fehlen, wie man aus den vielen sonstigen zuverlässigen Ergänzungen entnehmen kann, etwa 60 Buchstaben. Da nun die von Mitteis in Z. $_{14}$ eingefügten Worte *καὶ τοῦ λεγομένου διαπεστάλθαι Ἀρίου Ἀρ . . .]* so gut wie sicher gelten können, hätten wir mit der im Text angegebenen Ergänzung zwischen Z. 13—14 mehr als 90 Buchstaben. Dabei sind die von Berl. 11664 an die Hand gegebenen Worte *ἐκ τῆς τοῦ Ναναίου βιβλιοθήκης* noch gar nicht in Ansatz gebracht. Ich vermute eher, daß in Z. $_{13}$ noch Namen (Großvater, Heimatsort) enthalten waren.

Was das Verfahren ἐπὶ τῶν τόπων anlangt, so könnte auffallen, daß in BGU. 1038, $_{15}$ nicht (wie in Berl. 11664, $_{10}$; Flor. 55, $_{13}$. 56, $_{6}$) von einem 'Beibringen' (ἐπιφέρειν), sondern vom 'Vorhanden-' oder 'Errichtetsein' (ὦσ⟨ι⟩ γεγονυῖαι) der Urkunde die Rede ist. Wörtlich genommen gaben also die Chrematisten den Ortsbehörden nur auf, das Dasein der διαγραφαί festzustellen: wie sie sich diese Kenntnis verschaffen sollten, wurde ihnen nicht vorgeschrieben. Die größte Sicherheit bot natürlich auch hier die Einsichtnahme in die aus dem καταχωρισμός beigebrachten und vorgelegten Urkunden. Außerdem könnte etwa noch in Betracht kommen, daß der Gläubiger durch eine Bescheinigung des Notariats oder der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων oder sonstigen Aufbewahrungsstelle[1]) nachwies, daß die Urkunde in den bei ihnen geführten Sammlungen vorhanden war.[2]) Wenn man aber erwägt, daß es sich nicht bloß um die Echtheit der Urkunde handelte, sondern auch darum, ob ihr Inhalt das Begehren der Pfändung oder Besitzeinweisung rechtfertigte, was doch nur die Behörde selbst entscheiden konnte, wenn man ferner in Betracht zieht, daß sich auch die Chrematisten nicht mit einem Zeugnis des Ναναίου begnügten, sondern die Urkunde selbst einsahen, so ist wenig wahrscheinlich, daß ihre Aufforderung an Strategen (oder Praktoren), das Dasein der διαγραφαί festzustellen, einen andern Sinn gehabt und ihnen die eigene Prüfung erlassen haben sollte.

Wann die Chrematisten die Prüfung selbst vornahmen, wann sie diese den Ortsbehörden überließen, läßt sich

---

[1]) Über das καταχωρίζειν bei rechtsgeschäftlichen öffentlichen Urkunden vgl. CPR. 27, $_{32}$; Hamb. 15, $_{22}$; Lond. Nr. 1897, $_{1}$ (Arch. f. Pap. VI 106); Oxy. 268, $_{20}$; Teb. 397, $_{1}$; Thead. 2, $_{1}$; wahrscheinlich auch Erzh. Rainer 1528 (Wessely, Mitt. Erzh. Rain. V 97. Sitz. d. Wiener Akad. 124, 41); SN. 87 (Wessely, Karanis und Sokn. Nesos S. 50); vgl. auch Wessely, Spec. isag. 7 (8), $_{33}$ff. In Oxy. 34 ist m. E. die Beziehung nicht hinreichend gesichert, s. Z. Sav. St. XXXIV 116, $_{1}$. Des nähern kann auf die Bedeutung der Verwahrung hier nicht eingegangen werden.

[2]) Daß derartige Nachweise auch sonst vorgekommen sind, zeigt BGU. 1047, $_{II\,3}$f.: τὰς ἀντὶ συμβολαίων διαγρα[φὰς] (Mitteis, Grundz. 69, $_{4}$) τραπεζῶν μὴ εἶναι ἐν καταχωρισμῷ. Diese Auskunft ging von den βιβλιοφύλακες aus, denn Z. $_{II\,7}$f. muß zweifellos mit Wilcken (Arch. f. Pap. III 508) ταὐτὰ τοῖς βιβλιοφύλαξιν gelesen werden.

nicht entscheiden. Nahe liegt es, zu vermuten, daß das erstere Verfahren bei Verwahrung der Urkunde in Alexandrien, das letztere bei solcher am Vollstreckungsorte Platz griff. Aber doch ist es bedenklich, für eine Frage, in der offenbar die Überzeugung und das Ermessen des Gerichts zu entscheiden hatte, eine Regel aufzustellen.[1]) Überhaupt darf man nicht glauben, daß der öffentlichen Urkunde nur dann, wenn sie bei einem öffentlichen Archiv, sei es in der Stadt, sei es auf dem Lande, in Verwahrung gegeben war, Vollstreckbarkeit zukam.[2]) Nichts Derartiges ist überliefert, und die Tatsache allein, daß in Berl. 11664 (vielleicht auch in BGU. 239) und BGU. 1038 solche Verwahrungsstellen erwähnt sind[3]), genügt nicht, um daraus eine gesetzliche Norm zu erschließen, welche die Hinterlegung zur Voraussetzung der Pfändung oder Besitzeinweisung machte. Nichts steht im Wege, sie als eine freiwillige anzusehen.

2. Eidesleistung des Gläubigers.

Zu den Voraussetzungen, von denen die Durchführung der *ἐνεχυρασία* und *ἐμβαδεία* abhing, gehörte eine eidliche Versicherung des Gläubigers, daß seine Behauptungen in der *ἔντευξις* wahr seien und daß (seither) keine entgegenstehenden (rechtsgeschäftlichen) Verfügungen vorgenommen seien. Sie wurde durch den Gerichtsbeschluß der Chrematisten angeordnet. In BGU. 1038, $_{15}$f.; Flor. 55. 56, $_{8}$f. findet sich dafür folgende übereinstimmende Fassung: die Richter beschließen, daß die Ortsbehörden zur Durchführung der Pfändung oder Besitzeinweisung ermächtigt sein sollen, wenn der Gläubiger den vorgeschriebenen Eid leistet. So z. B. die am besten erhaltene Urkunde Flor. 56, $_{7}$ff. (Chrest.

---

[1]) Außerdem würde die Regel auch versagen, wenn die Urkunde an keinem der beiden, sondern an einem dritten Orte hinterlegt war.

[2]) Nur um diese Frage handelt es sich hier. Errichtungsform in dem Sinne, daß die Gültigkeit oder auch nur die Wirkung der Urkunde als einer öffentlichen von der Hinterlegung abhing, war diese im griechisch-römischen Ägypten überhaupt nicht.

[3]) Flor. 56, $_{6}$ und 55, $_{13}$ erwähnen überhaupt nur das Beibringen (*ἐπιφέρειν*): das kann auch ohne öffentliche Verwahrung gedacht werden.

II 241): *συνεκρείν[αμεν*[1]*) γραφῆ]ναι — τῷ — στρα(τηγῷ)*[2]*), ἵν, ἐὰν παρ[οῦ]σα ὑπ[ακού]ῃ ἡ Αὐρηλία 'Αρητοῦς — καὶ προῆται — [τὴν] καθήκουσαν χειρογρα(φίαν) περὶ τοῦ. ἀληθῆ εἶναι τὰ διὰ τῆς ἐντεύξεω[ς] δε[δηλωμέν]α καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ὠκον[ομῆσθ]αι — μετὰ ταῦτα συντ[ελ]ῆται τ[ὰ] τῆς [ἐ]μβ[αδ]είας* —. Der Eid sollte also *ἐπὶ τῶν τόπων* geschworen werden: er war als Schrifteid (*χειρογραφία*) vorgesehen und mußte als solcher vor dem Strategen[3]) abgelegt, d. h. schriftlich eingereicht werden. Es spricht manches dafür, daß wir in BGU. 1038 (Chrest. II 240) eine solche Eingabe vor uns haben.[4]) Maßgebend für die Bestimmung der Urkunde im

---

[1]) Über diese von der des Herausgebers abweichende Ergänzung s. S. 240.

[2]) Im Pfändungsbeschlusse tritt noch hinzu *καὶ τῷ — ξενικῶν πράκορι* s. BGU. 1038, $_{15}$; über BGU. 239 und Berl. 11664 vgl. S. 290.

[3]) Das ist in Flor. 55 und 56 cit. klar, weil bei der *ἐμβαδεία* der Strateg die einzige Ortsbehörde ist, die mit der Ausführung des *χρηματισμός* befaßt wird. Es ist anzunehmen, daß die Akte, welche sich in gleicher Weise bei der *ἐνεχυρασία* finden, darunter die Eidesleistung, auch bei ihr zur Zuständigkeit des Strategen, nicht des Praktor gehörten. Außerdem wird in BGU. 1038 gerade die Zustellung des *χρηματισμός* (mit der *ἔντευξις*) von der Eidesleistung abhängig gemacht. Von ihr wissen wir, daß sie der Strateg anzuordnen hatte (S. 236): also wird auch ihm der Beweis der Erfüllung der dafür gesetzten Bedingung erbracht worden sein.

[4]) Vgl. über BGU. 1038, soweit die Urkunde hier in Betracht kommt, Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 36, $_{1}$; Eger, Grundbuch 61f.; Mitteis, Chrest. S. 267. Schon Koschaker hat richtig erkannt, daß die Einleitung in Z. 6f. die Ableistung des dem Gläubiger im *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* auferlegten Schrifteides enthält. Daß hier ein Schwur geleistet wird, ist durch *ὀμνύω [τὴν 'Αντωνί]νου Καίσαρος τοῦ κυ[ρίου τύχην* außer Frage gestellt. Daß es sich dabei um den von den Chrematisten geforderten Eid ($_{16}$) handelt, wird schon durch den Zusammenhang der Stücke wahrscheinlich. Auch sehen die in Z. $_{6}$ erhaltenen Worte *μή[τε ἔ]χειν τι εἰς τὰ πρασσόμενα, ἀπερίλυτον δὲ εἶ[ναι τὴν] ὀφίλην* ganz so aus, als entsprächen sie dem *μηδ[ὲν ὑπε]ναντίον ὠκονομ[ῆσθαι* ($_{16}$), das als Inhalt der Eidesleistung vorgeschrieben wird; die Bestätigung des vorher geforderten *ἀλ]ηθῆ εἶναι τὰ διὰ τ[ῆς ἐντεύξεως δεδηλωμένα]* ($_{16}$) dürfte man in der vorhergehenden Lücke suchen: beispielsweise würde *μηδὲν τῶν ἐν τῇ ἐντεύξει δεδηλωμένων ἐψεῦ]σθαι* (39 Buchstaben) gerade den zur Verfügung stehenden Raum füllen (vgl. Koschaker a. a. O.). Als Adressaten der Eingabe können weder die *βιβλιοφύλακες* noch der *ξενικῶν πράκτωρ* (an die man gedacht hat) angesehen werden. Erstere amtieren, wenn auch

ganzen ist das erste Stück ($_{1-8}$), das zunächst die Adresse ($_1$) und nach einer einleitenden Darstellung des Tatbestandes ($_{2-5}$) die Eidesformel ($_{5-6}$) enthält. Zu ihm gehört die Unter-

---

nicht ausnahmslos (Erzh. Rain. 1436 [Chrest. II 200]; Gen. 44 [Chrest. 215]), so doch in der weitaus überwiegenden Zahl von Beispielen zu zweit: sie sind darum bei BGU. 1038 durch das sicher ergänzte σ[οι in Z. $_7$ unwahrscheinlich. Ausgeschlossen aber sind sie und ebenso der *ξενικῶν πράκτωρ* durch Z. $_1$. Da die Ausgabe nicht angibt, daß die Urkunde oben abgebrochen ist, muß angenommen werden, daß sie mit der uns vorliegenden ersten Zeile begann: dann aber müssen deren einzige erhaltenen Worte *Ἡρακ]λείδο[υ μ]ερίδος* zur Adresse gehört haben. Nun erscheinen aber in den vielen arsinoitischen Urkunden die *βιβλιοφύλακες* stets als Beamte des ganzen Gaues, nie der *μερίδες*, und dasselbe gilt, wenn wir auch weniger Beispiele haben, vom *ξενικῶν πράκτωρ* (vgl. Teb. 165; Berl. 11664, $_{15}$, wo die Gegenüberstellung von Praktor des *νομός* und Strategen der *μερίς* zu beachten ist). Nur für den Strategen paßt der Zusatz des Teilbezirkes in BGU. 1038, $_1$: daß er in der Tat für die Abnahme des Eides zuständig war, wurde eben (vorige Anm.) dargelegt. Trotz alledem darf nicht übersehen werden, daß der Auffassung von BGU. 1038 als Schrifteid Bedenken entgegenstehen. Einmal ist nicht recht einzusehen, warum einer solchen Eidesleistung die übrigen Aktenstücke ($_{8-28}$) angefügt wurden: enthielt die Eingabe etwa außer dem Schwur in Zeile 6f. noch einen weiteren Antrag? Eine größere Schwierigkeit liegt darin, daß der *χρηματισμός* nach offenbar zutreffender Ergänzung (Mitteis, Chrest. 241, $_{17}$ff.) die Zustellung nur dann ausgeführt wissen will, wenn der Eid geleistet ist, während die Eingabe sie als geschehen voraussetzt. Denn der Gläubiger teilt unter den Beilagen als ersten, also der Zeit nach letzten, der jetzigen Eingabe unmittelbar vorhergehenden Akt sein Gesuch vom 27. Mai um Zustellung mit ($_{8-10}$), und die am Schlusse der Beilagen in Z. $_{28}$ erhaltenen Worte *Σαραπιάδι ἐνωπ[ίῳ* mit dem Datum des 2. Juni können nichts anderes sein als ein Vermerk des Amtsboten über die Ausführung dieser Zustellung (vgl. die S. 233, 3. 235, 3. 238, 2 zusammengestellten Belege). Die Zustellung war also bereits erfolgt, als der Gläubiger seine vorliegende Eingabe einreichte. Dies leuchtet um so mehr ein, als in ihrer Unterschrift (Z. $_{30}$) ein Datum genannt ist, *Παῦνι ια* = 5. Juni, das um drei Tage jünger ist als das der Zustellung des *χρηματισμός* (2. Juni). Wie der Widerspruch zwischen der Eingabe und dem Gerichtsbeschluß zu erklären ist, vermag ich nicht anzugeben. Aber diese Bedenken vermögen an der Tatsache, daß wir in BGU. 1038, $_{1-8}$. $_{28}$ff. einen dem Strategen eingereichten Schrifteid des Gläubigers beim Genius des Kaisers vor uns haben, nichts zu ändern. Auf jeden Fall müssen wir uns also die Frage vorlegen, was der Gläubiger beschwört: ich wüßte, wenn die im vorstehenden vertretene Auffassung nicht gelten soll, keine mit den Resten von Z. $_{1-8}$ zu vereinigende Antwort zu geben.

schrift des Gläubigers am Schlusse ($_{28}$ff.), wo um des Eides willen wohl *Τρύφων Ἀπολλωνίου* [*ὀμώμοκα* allein oder mit Hinzufügung von *καὶ ἐπιδέδωκα* zu ergänzen ist.[1]) Die dazwischen eingeschobenen Stücke ($_{8-28}$) sind, wie der Gläubiger selbst angibt ($_7$), abschriftliche Beilagen.

Von dem Eide haben wir auch in BGU. 239, $_{11}$ff. (Preisigke, Berichtigungsliste S. 29) eine Spur. Die Reste lauten[2]):]*'Αντωνεῖ[νο]ν Σεβαστὸν Εὐσεβ[ῆ ἀ]ληθῆ εἶναι τὰ [δι]ὰ τῆ[ς ἐντεύξεως δεδηλωμένα καὶ μηδὲν ὑπεναντίον ᾠκονομῆσθαι* ....[3]) *συνε]κρίναμεν γρ(αφῆναι) καὶ πεμφθ(ῆναι) τῆς [ἐντεύξεως ἀ]ντίγρ(αφον) τῷ τε τῆς [Ἡρακλ(είδου) μερίδος τοῦ Ἀρσ(ινοείτου) στρ(ατηγῷ) καὶ τῷ τοῦ αὐτοῦ νομοῦ ξενικῶν πράκτορι* .... Daß der Name des Kaisers in Z. $_{12}$ zu einem Schwur auf den Kaiser ergänzt werden muß, ergibt sich aus den unmittelbar darauffolgenden Worten.[4]) Der Eid ist also hier vor der Entscheidungsnorm (*συνεκρίναμεν κτλ.*) erwähnt, während er in BGU. 1038; Flor. 55. 56 in ihr enthalten ist.[5]) Seine Ableistung ist nicht in das

---

[1]) Vgl. für *ὀμώμοκα* (oder *ὤμοσα*) allein BGU. 543, $_{3 \cdot 21}$. 891, R $_{20 \cdot 27 \cdot 33}$; Oxy. 77, $_{12 \cdot 26}$f. 83, $_{5 \cdot 25}$. 100, $_{3 \cdot 17}$; Teb. 293, $_{15 \cdot 23}$; zusammen mit *ἐπιδέδωκα* Amh. 71, $_{16 \cdot 23}$. 72, $_{12 \cdot 19}$f.

[2]) Die Ergänzungen rühren größtenteils von Koschaker (Z. Sav. St. XXIX 31f.) her. Den Schluß habe ich hinzugefügt: durch das erhaltene *τε* wird ein *καί* gefordert, das dann nach Maßgabe der parallelen Urkunden BGU. 1038, $_{15}$ und Berl. 11664, $_{15}$ wohl zweifellos den *ξενικῶν πράκτωρ* einführte.

[3]) Ob hinter *ᾠκονομῆσθαι* noch weitere Worte anzunehmen sind, ob vielleicht auch die vorhergehende Fassung etwas ausführlicher war, läßt sich nicht ausmachen. Im Vergleich mit den sonstigen Ergänzungen der Urkunde würde der Raum noch etwa 10 Buchstaben zulassen.

[4]) Auch dies hat schon Koschaker a. a. O. S. 36, $_1$ hervorgehoben.

[5]) Eine ebensolche oder ähnliche Fassung ist für Berl. 11664 zu erwarten, wenn, wie zu vermuten, auch hier der Eid vom Gläubiger verlangt wurde. Daß sie in BGU. 239 ausgeschlossen ist, ergibt sich, abgesehen von den im Text aufgewiesenen Spuren, auch daraus, daß die Raumverhältnisse der Urkunde eine Ergänzung hinter *συνεκρίναμεν* verbieten. Ein annäherndes Bild der Zeilenlänge kann man sich aus den Ergänzungen von Z. $_{5 \cdot 8-10}$ machen. Selbst wenn man die doppelte Länge annehmen wollte, würde an der entscheidenden Stelle, zwischen Z. $_{13}$ und $_{14}$ der Raum bei weitem nicht ausreichen, um die Auferlegung des Eides hineinzupressen. Wir sahen (Anm. 2), daß hinter dem Strategen offenbar auch hier (in Z. $_{13}$) der Praktor genannt war; die erhaltenen

spätere Verfahren *ἐπὶ τῶν τόπων* verlegt, sondern sie muß bereits erfolgt sein und wird nun zur Grundlage des Beschlusses gemacht. Man kann sich dessen Fassung etwa folgendermaßen vorstellen: 'Nachdem der Gläubiger beim Genius des Kaisers geschworen hat, daß seine Behauptungen in der *ἔντευξις* wahr sind und daß keine entgegenstehenden Verfügungen vorgenommen wurden, haben wir entschieden, daß dem Strategen und Praktor geschrieben werde' usw. Wie diese Eidesleistung vor Erlaß des Beschlusses im einzelnen vor sich ging, muß freilich gegenüber der nur sehr unvollständig erhaltenen Urkunde eine offene Frage bleiben. Denkbar wäre, daß der Gläubiger nicht durch einen Bevollmächtigten vertreten war, sondern das Vollstreckungsverfahren in Alexandrien selbst betrieb: er könnte dann den Eid in der Sitzung des Gerichts (*ἐπὶ τῆς διαλογῆς*) mündlich geleistet oder ihn auch vielleicht niedergeschrieben eingereicht haben.[1]) Möglich wäre an und für sich auch, daß der Gläubiger, wie in den andern uns bekannten Fällen, einen Vertreter vor die Chrematisten entsandte und durch ihn den in seiner Heimat aufgesetzten — natürlich mit der nötigen Beglaubigung versehenen — Schrifteid einreichen ließ[2]): doch würde sich diese Annahme mit dem erhaltenen Text von BGU. 239 schwer vereinigen lassen.[3])

Anfangsworte von Z. $_{14}$ *ἐνωπ]ίῳ ἵν' εἰδῇ* aber gehen zweifellos auf die Anordnung der Zustellung des Beschlusses. Es ist nun schlechterdings unmöglich, dazwischen, wenn auch in abgekürzter Gestalt, dieselben oder ähnliche Worte einzufügen, wie sie an der entsprechenden Stelle BGU. 1038, $_{15-17}$ oder Flor. 55, $_{16-19}$. 56, $_{7-9}$ bieten.

[1]) Diese Annahme würde das Satzgefüge und die Raumverhältnisse für sich haben. In Z. $_{11}$ ist, wie wir sahen (S. 290), nach der Benennung des Gläubigers zunächst zu ergänzen [*τῆς δὲ*] *δι' αὐτῆς σημαινομ[ένης συγγραφῆς ὑπογεγραμμένης ἐπενηνεγμένης*. Sodann verlangt der Schluß notwendig den Anfang des Kaisernamens in Z. $_{12}$, also (wohl mit Abkürzungen) *Αὐτοκράτορα Καίσαρα Τίτον Αἴλιον Ἁδριανόν*]. Wir würden innerhalb der gegebenen Grenzen bleiben und sie auch ausfüllen, wenn wir zwischen diesen beiden Bestandteilen einfach einfügen dürften: *καὶ τοῦ δεδανεικότος ὀμόσαντος*.

[2]) Vgl. dafür Oxy. 260; Hamb. 4; BGU. 647. 581. 891 R.; Fay. 24; wahrscheinlich gehört auch Oxy. 1258 hierher; vgl. auch Hamb. 6.

[3]) Anfang und Schluß der Ergänzung müßten natürlich ebenso lauten wie in Anm. 1. Zwischen *ἐπενηνεγμένης* und den Kaisernamen

Wir sehen also, daß, ebenso wie die Schuldurkunde entweder den Chrematisten in der Sitzung oder dem Strategen des Vollstreckungsortes vorgelegt wurde, so auch der Eid des Gläubigers entweder vor Gericht oder im Nachverfahren geschworen wurde, je nachdem es den Chrematisten angemessen schien. So nebensächlich diese Frage nach dem Wann und Wo auch an und für sich erscheinen mag, so ist ihre Erörterung doch deswegen wichtig, weil sie uns zeigt, daß die Tätigkeit der Chrematisten keineswegs eine rein mechanische war, sondern daß diese Richter ihre Beschlüsse nach den Verhältnissen des einzelnen Falles verschieden gestalteten[1]), und vor allem, daß sie trotz des Grundsatzes einseitigen Gehörs Pfändung und Besitzeinweisung nur dann verhängten, wenn der Gläubiger vor ihnen oder dem von ihnen beauftragten Strategen seinen vollstreckbaren Anspruch durch Urkunde und Eid — die modernen Gesetze würden sagen — 'glaubhaft gemacht' hatte.

IV. Eigentumserwerb am Pfande.

Das Pfand ist in den uns bekannten Fällen des Vollstreckungsverfahrens auf Grund exekutiver Urkunden ein Verfallspfand.[2]) Die Erörterung der Frage, ob der *χρημα-*

---

müßte dann zuerst die bekannte Formel *καὶ τοῦ λεγομένου διαπεστάλθαι* — Name und Vatersname — *ὑπογεγραφότος διαπεστάλθαι πρὸς τὴν τοῦ χρηματισμοῦ τελείωσιν* ergänzt werden, darauf hätten notwendig noch andere die *χειρογραφία* einleitende Worte folgen müssen, deren grammatische Verbindung mit dem Kaisernamen und *ἀληθῆ εἶναι* anders als in den parallelen Urkunden gestaltet werden müßte. Aber dafür ist in Z. $_{11-12}$ unmöglich Platz: schon die Einleitungsformel würde den zur Verfügung stehenden Raum erheblich überschreiten. Mich dünkt demnach in BGU. 239 der *διαπεσταλμένος* recht wenig wahrscheinlich.

[1]) Verschiedenheiten, die bloß den Ausdruck betreffen, wie die direkte Rede (*διαπέσταλμαι*) in Berl. 11664, $_{12}$, die indirekte (*διαπεστάλθαι*) in BGU. 1038, $_{14}$ und Flor. 56, $_{7}$ sind ohne Bedeutung.

[2]) Über den Verfall des Pfandes und die damit zusammenhängenden (im Text berührten) Fragen kann im allgemeinen auf Mitteis, Grundzüge 142ff. (mit Literaturangaben) verwiesen werden. Hinzugekommen sind

τισμὸς ἐνεχυρασίας der Chrematisten auch auf einen andern Weg, insbesondere den des Verkaufes auslaufen konnte, würde von den Quellen absehen müssen und darum in der Luft schweben. Auch Rückschlüsse aus anderen Tatsachen sind hier nicht angebracht, teils weil sie nicht zwingend sind — so der aus den Verkäufen des öffentlichen Rechts —, teils weil deren eigene quellenmäßige Grundlage zu unsicher ist — so bei der Urteilsvollstreckung —. Auch für die Rechtsvergleichung ist kein Raum, solange wir das Verfahren auf Grund exekutiver Urkunden außerhalb Ägyptens nicht genauer kennen: mit allgemeinen Gesichtspunkten ist auf diesem durch ältere und jüngere Gesetze und Edikte so eigenartig ausgestalteten Gebiet wenig auszurichten.

Gehen wir auf die Sache selbst ein, so tritt uns überall in den Urkunden die Erscheinung entgegen, daß das Verfahren zuerst zum Eigentumserwerb, dann erst zum Besitzerwerb führt. Die *ἐμβαδεία* setzt den Gläubiger als Eigentümer voraus: ihm gehört bereits das Grundstück, das der Schuldner räumen soll und das er selbst durch 'Beschreiten' (*ἐμβαδεύειν* = ingredi) in Besitz nehmen will.[1]) Es wird also zu untersuchen sein, auf welche Weise der Gläubiger seit der *ἐνεχυρασία* bis zur *ἐμβαδεία* zum Eigentümer wurde: dabei soll auch hier ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge (vgl. S. 230) zunächst der Akt behandelt werden, über den wir die besten Nachrichten haben, der also die sicherste Grundlage für weitere Schlüsse bietet.

---

namentlich **Raape**, Verfall des Pfandes 49ff. und **Manigk** in Wissowa-Krolls Realenzykl. (Art. Hypallagma, Hyperocha, Hypotheca). Ich betone auch hier noch einmal, daß die vorliegende Arbeit sich auf Grundstücke als Gegenstand des Vollstreckungsverfahrens beschränkt: darüber allein sind wir durch unsere Quellen unterrichtet.

[1]) Dieser Satz gilt auch für die Hypothek, verschieden aber ist bei ihr die Art und Weise des Eigentumserwerbes. Meinem Plan entsprechend (S. 231, 1) sehe ich von den Besonderheiten des Hypothekenrechts zunächst ab (s. darüber Abschn. V) und behandle hier nur den Eigentumserwerb bei pfandloser oder durch Hypallagma gesicherter Forderung.

1. *Καταγραφή.*

Die *καταγραφή* des Vollstreckungsverfahrens[1]) erschien bisher in folgenden Urkunden[2]):

Flor. 55. In der *ἔντευξις* heißt es ($_{22}$ff.): *'Εξακὼν — — καταγ]έγραμμαι διὰ τοῦ ἐν[. . . . . ἐνεχυρασί]ας καὶ προςβολῆς των* [— — —, womit weiterhin ($_{27}$) *οἰκίαν καὶ προνήσιον* zu verbinden ist. Entsprechend sagen die Chrematisten im *χρηματισμὸς ἐμβαδείας* ($_{18}$) [*τῆς δὲ δι' αὐτῆς* (d. i. *ἐντεύξεως*) *σημαινομέ]νης*[3]) *κα[τ]αγραφῆς ἐπενη[νεγμένης.*

Flor. 56 (Chrest. II 241). In der *ἔντευξις* lesen wir ($_{10}$ff.): *Αὐρ]ηλ(ία) 'Αρητοῦς — — καταγέγρα(μμαι)· κατὰ τὰ πρ[οτε]τελ[ειωμένα γρά(μματα) ἐ]νεχυρασί[α]ς καὶ προςβο[λῆ]ς κα[τὰ συνχώρη]σιν τελειωθεῖσαν* — Datum — — *τάς τε ὑπηλλαγμένας* — [— *ἀρούρας* —] — *καὶ* — *ἥμισυ μέρος οἰκίας* —. Die Pfandgrundstücke werden als verfallen in Anspruch genommen für die geschuldeten Kapitalien nebst Zinsen, Gebühren und Kosten ($_{16}$): *ἐφ' οἷ[ς] ἄλλοις ἡ τῆς καταγρα(φῆς) συνχώρησις περιέχει, δι' ἧς καὶ αἱ γιτνίαι ἐδηλώθησαν.* Der Antrag geht dahin, den Strategen anzuweisen ($_{17}$): *ἐμβιβάσαι με εἰς τὰ [κ]αταγρα(φέντα)* — *πάντα* —. Ebenso sagt der Gerichtsbeschluß ($_{6}$): *τῆς δὲ δι' αὐ[τῆς* (d. i. *ἐντεύξεως*) *σημαινο]μένης κατα[γρα(φῆς)] ὑπογεγρα(μμένης) ἐπενηνεγμένης,* und bei der Anordnung der Räumungsaufforderung der Gläubigerin ($_{9}$): *διαστειλαμ[ένη τοῖς ο]ὖσι ἐν τοῖς κα[ταγε]γραμμένοις* (d. i. Grundstücken) *ἐκχωρεῖν ἐκ τούτων ἐν ἡμέραις [δ]έκα.*

Daß *καταγέγραμμαι οἰκίαν, ἀρούρας* in diesen Urkunden

---

[1]) Nur für den Bereich des Vollstreckungsverfahrens soll die *καταγραφή* hier behandelt werden. Ihren Begriff im allgemeinen und die damit zusammenhängende Frage des Eigentumserwerbes auch nur an Grundstücken zu verfolgen, würde eine eingehende Abhandlung erfordern. Vielleicht ist es aber auch für derartige weitergreifende Forschungen nützlich, wenn zunächst einmal für ein beschränktes Gebiet, soweit als möglich, Klarheit geschaffen wird. Ich glaube, die Quellen liegen dafür gerade beim Vollstreckungsverfahren günstig.

[2]) Die Texte von Flor. 55. 56 sind hier zunächst so gegeben, wie sie bisher ergänzt sind. BGU. 1132 ist vorläufig nicht herangezogen, weil dieser Urkunde ein besonderer Abschnitt (IV 4) gewidmet ist.

[3]) Über diese Ergänzung s. oben S. 290.

bedeutet (medial) 'ich habe mir das Grundstück zuschreiben lassen' oder (passivisch) 'mir ist das Grundstück zugeschrieben worden'[1]), demgemäß καταγεγραμμένα, καταγραφέντα 'die zugeschriebenen Grundstücke' und καταγραφή den Akt der 'Zuschreibung' bedeutet, ist einleuchtend. Zweifel aber sind in der neueren Litteratur darüber laut geworden, ob es sich um ein Zuschreiben auf amtlichem oder rechtsgeschäftlichem Wege handelt.[2]) M. E. kann nur die letztere Ansicht aufrechterhalten werden: das zeigen schon die seit länger bekannten, noch viel mehr aber die neuerdings hinzugekommenen Urkunden.

Zunächst Flor. 55, $_{24}$. Die Worte καταγέγραμμαι διὰ τοῦ ἐν [. . .[3]) lassen nur die Ergänzung durch ein Urkundsamt in der Hauptstadt — etwa: διὰ τοῦ ἐν [Ἀλεξανδρείᾳ καταλογείου[4]) — oder in der χώρα[5]) — etwa: διὰ τοῦ ἐν [Ἑρμοῦ πόλει ἀγορανομίου — zu.[6])

In Flor. 56, $_{11}$ lesen wir an der entsprechenden Stelle καταγέγρα(μμαι) — κα[τὰ συνχώρη]σιν[7]) τελειωθεῖσαν τῷ

[1]) Dieser passive Gebrauch des Wortes tritt besonders deutlich in dem nachher zu betrachtenden Pap. Lond. Nr. 1897 hervor: κατεγράφη Ἰσίδωρος ἀρούρας.

[2]) Vgl. über die καταγραφή im Vollstreckungsverfahren Rabel, Verfügungsbeschränkungen 73; Mitteis, Grundzüge 161 und Chrest. S. 267. 269; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 106ff.; Raape, Verfall des Pfandes 124ff. Auf die richtige Ansicht hat schon Rabel, dieser freilich unter abweichender Deutung des Wortes καταγράφειν, hingewiesen, Schwarz hat ihr dann eine genauere Begründung zu geben gesucht. Die Punkte, in denen ich von dem letzteren Forscher abweiche, betreffen namentlich BGU. 1132 (vgl. S. 327ff).

[3]) Vgl. Schwarz 109, $_1$ der die Worte aber nicht weiter für die Erklärung der καταγραφή verwertet.

[4]) Vgl. BGU. 240, $_{13}$; CPR. 188, $_{24}$f.; Hawara 238, $_8$; Lond. III 61 Nr. 1217 (b), $_5$.

[5]) Daß die καταγραφή im Vollstreckungsverfahren auch bei einem Notariat der χώρα erfolgen konnte, zeigt die gleich zu behandelnde Urkunde Lond. Nr. 1897.

[6]) Wer mit Mitteis (Anm. 2) ein Zuschreiben durch die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων annimmt, müßte etwa ergänzen διὰ τοῦ ἐν [Ἑρμοῦ πόλει βιβλιοφυλακίου. Aber gerade das spricht gegen diese Meinung, denn die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων wird da, wo sie für den Gau zuständig ist, durchweg nach diesem, nicht nach der Metropole, in der sie ihren Sitz hat, bezeichnet: das gilt insbesondere auch für den Ἑρμοπολίτης.

[7]) Die Ergänzung ist durch Z. $_{16}$ gesichert.

ἐ[νε]στῶτι ιγ (ἔτει). Über die Bedeutung, die das Wort συγχώρησις hier hat, gehen die Meinungen auseinander.[1]) Die meisten Forscher erklären es als Erlaubnis der Obrigkeit (Statthalter, Erzrichter, Praktor). Ich halte diese Auffassung schon deshalb für unzutreffend, weil die συγχώρησις als τελειωθεῖσα bezeichnet wird. Dieses Verbum bedeutet in römischer Zeit die amtliche Tätigkeit, welche zu einem privaten Akt hinzutritt, ihn abschließt, vollendet. Besonders häufig wird es für die Mitwirkung der gerichtlichen Behörden (ἀρχιδικαστής, κριτήρια), Notariate (ἀγορανόμια, μνημονεῖα, γραφεῖα) und Banken (für διαγραφαί) bei der Errichtung rechtsgeschäftlicher Urkunden verwendet: es liegt kein Grund vor, hier nach einem andern Sinn und Sprachgebrauch zu suchen: denn daß zu einer amtlichen Gestattung und überhaupt zu einem dienstlichen Akt das τελειοῦν einer Behörde hinzuträte, ist, soweit ich sehe, ohne Beispiel in unseren Quellen. Wir müssen also die συγχώρησις hier als rechtgeschäftliche Urkunde ansehen. Eine starke Stütze findet diese Auffassung darin, daß die gepfändeten Grundstücke für Kapital und Nebenforderungen in Anspruch genommen werden, wie die ἔντευξις sagt ($_{16}$): ἐφ' οἷ[ς] ἄλλοις ἡ τῆς καταγρα(φῆς) συγχώρησις περιέχει, δι' ἧς καὶ αἱ γιτνίαι ἐδηλώθησαν. Diese Verweisung auf Einzelheiten und Nachbarschaften ist in Verträgen über Grundstücke eine bekannte Erscheinung, während sie in amtlichen Erlassen meines Wissens nicht vorkommt. Noch bleibt zu erwägen, ob hier nicht, wie Schwarz (109) glaubt, der materielle Sinn von συγχώρησις in Betracht kommt und eine Urkunde, die eine Abtretungs-(Auflassungs-)erklärung enthielt, gemeint ist, gleichviel welches ihre Form war. Daß das Wort diesen Sinn (= παραχώρησις) haben kann, steht fest[2]): es bedeutet dann im Er-

---

[1]) Vgl. Rabel, Verfügungsbeschränkungen 73; Eger, Z. Sav. St. XXXI 461, $_2$; Lewald, Grundbuch 72, $_1$; Mitteis, Chrest. zu Nr. 241, $_{11}$; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 106. 109; Raape, Verfall des Pfandes 122f. 124ff.

[2]) Vgl. z. B. CPR. 156, $_{10}$ (wo m. E. auch in Z. $_{11}$ συν]εχώρησα ergänzt werden muß); Goodsp. 13, $_4$; Grenf. II 25, $_5$; Lond. II 5f. Nr. 220, $_{25}$,

gebnis dasselbe wie καταγραφή, wenn auch den Ausdrücken verschiedene Anschauungen zugrunde liegen. In Flor. 56 cit. würde also der Gläubiger erklären, daß ihm das Grundstück mit einer Abtretungsurkunde zugeschrieben (= abgetreten) worden sei. Daß hier und ebenso in Z. $_{16}$ mit zwei Worten derselbe Vorgang bezeichnet werden sollte, ist nicht gerade wahrscheinlich. Fassen wir dagegen συγχώρησις in der formellen Bedeutung des Wortes als alexandrinische gerichtliche, vor einem κριτήριον[1]) oder dem ἀρχιδικαστής errichtete Urkunde[2]), so haben wir damit ein Seitenstück zu Flor. 55, $_{24}$ (S. 304): in beiden Fällen war gesagt, daß die καταγραφή durch eine öffentliche Urkunde erfolgt sei: in Flor. 56 durch eine alexandrinische συγχώρησις, in Flor. 55 vielleicht durch eine ebensolche, vielleicht aber auch durch eine notarielle Urkunde (dann wahrscheinlich aus Hermupolis).

Lond. II 216 Nr. 360, $_{8}$; Oxy. 271, $_{7}$. 273, $_{10}$. 506, $_{19}$; Straßb. Inv. 87, III $_{35}$. $_{47}$ (Arch. f. Pap. IV 134); Teb. 393, $_{7}$f. $_{14}$. $_{27}$.

[1]) Die κριτήρια würden allerdings im 3. Jahrhundert kaum noch in Betracht kommen.

[2]) Diese Auffassung wird von Schwarz 109, $_{3}$ deshalb zurückgewiesen, weil sonst, wenn eine συγχώρησις im formellen Sinne gemeint sei, regelmäßig das bei der Errichtung beteiligte Amt angegeben ist (διὰ τοῦ καταλογείου dgl.). Aber die Regel ist keine ausnahmslose: das Amt fehlt auch in andern Urkunden, vgl. Oxy. 281, $_{7}$; Hamb. 1, $_{10}$: der Punkt kann also nicht entscheidend sein. Auch darf man nicht außer acht lassen, daß die Akten, die den Gesuchen im Vollstreckungsverfahren beigefügt sind (insbesondere auch in Flor. 56), Abschriften mit mancherlei Kürzungen sind (vgl. S. 243, 1): man darf also keine allzu sichern Schlüsse auf die Weglassung von sachlich unwichtigen Zusätzen wie dem in Frage stehenden bauen. Eine andere Schwierigkeit könnte man vielleicht darin finden, daß die beiden Glieder κατὰ τὰ — γράμματα ἐνεχυρασίας καὶ προςβολῆς und κατὰ συγχώρησιν unvermittelt nebeneinander gestellt sind. Hier wird wohl ungeschickte Stilisierung vorliegen, die in antiken Gerichtsakten nicht seltener ist, als in modernen. Jedenfalls scheint es unzulässig, wenn man aus dieser Konstruktion herauslesen wollte, die καταγραφή sei auf Grund der ἐνεχυρασία und προςβολή, und diese Maßregeln, also zunächst die erstere, seien auf Grund einer συγχώρησις erfolgt. Es fehlt jede Andeutung in unsern Quellen, daß zwischen der ἔντευξις des Gläubigers und dem Beschluß der Chrematisten ein Akt gestanden hätte, der als συγχώρησις und noch dazu als συγχώρησις τελειωθεῖσα bezeichnet werden und die in Flor. 56, $_{16}$ angedeuteten Angaben enthalten könnte.

Unsere Auffassung erhält eine wichtige Stütze durch Berl. 11664, $_9$f. Denn wenn hier berichtet wird, die *συγγραφή*, also zweifellos eine rechtsgeschäftliche Urkunde, sei mit der Unterschrift des Ausstellers versehen aus dem *Ναναῖον* (in die Sitzung der Chrematisten) herbeigebracht worden (S. 290 ff.), und in Flor. 55. 56, abgesehen von der hier nicht genannten Verwahrungsstelle, dasselbe mit denselben Worten von der *καταγραφή* gesagt wird, so spricht alles dafür, daß diese Urkunde gleicher Art wie jene war. Daß es sich dort um *ἐνεχυρασία*, hier um *ἐμβαδεία* handelt, kann daran nichts ändern. Denn wenn die Protokolle auch auf ein verschiedenes Endziel hinauslaufen, so sind sie doch, was die vorgenommenen Prozeßhandlungen und den Aufbau des Verfahrens anlangt, ganz gleichartig gestaltet: dementsprechend kann die *καταγραφή* wohl andern Inhalt, aber nicht andern Charakter als die *συγγραφή* gehabt haben.

Bestünden trotz alledem noch Zweifel, so werden sie gehoben durch den kürzlich von Bell veröffentlichten Pap. Lond. Nr. 1897 (Arch. f. Pap. VI 106f.). Das Stück enthält eine notarielle, von den Beamten des *ἀγορανόμιον* und *μνημονεῖον* zu Ptolemais Euergetis, der Metropole des arsinoitischen Gaues, aufgenommene Urkunde vom 26. April 177 n. Chr., deren Text, soweit er hier in Betracht kommt, lautet: *Κατεγράφη ἐξ ἐνεχυρασίας καὶ προςβολῆς Ἀμμωνίου — καὶ ἑτέρου Ἀμμωνίου, δημοσιωνῶν ξενικῆς πρακτορίας διὰ Ἀντωνίνου βοηθοῦ κατὰ τὸν ἐπισταλέντα ὑπ' αὐτῶν χρηματισμόν, οὗ ἀντίγραφον τῇδε τῇ ὁμολογίᾳ ὑποτέτακται, Ἰσίδωρος — ἀρούρας* — Beschreibung der gepfändeten und dem Gläubiger zugeschlagenen Grundstücke ($_{12-38}$) — *πρὸς τὰς ὀφιλομένας αὐτῷ — δραχμάς* — Angabe des Schuldbetrages mit Zinsen und Gebühren (39—41) — [. . . *ὑπὸ τοῦ*] *ὑποχρέου Ἡλιοδώρου — κατὰ τὸ τ*[. .] (Schluß verloren). Hier haben wir eine Urkunde vor uns, die tatsächlich eine solche *καταγραφή* enthält, wie sie nach der im vorstehenden vertretenen Meinung im *χρηματισμὸς ἐμβαδείας* von Flor. 55 ($_{24}$) und 56 ($_6$) gemeint ist. Der Gläubiger hatte sie in diesem Falle in der *χώρα* errichtet. Wir können uns, ohne das Gebiet zulässiger Vermutungen zu verlassen, vorstellen, daß er, wenn er zur *ἐμβαδεία* fortschritt, in seiner *ἔντευξις* angab:

καταγέγραμμαι διὰ τοῦ ἐν Πτολεμαΐδι Εὐεργετίδι ἀγορανομίου κτλ. oder *καθ' ὁμολογίαν τελειωθεῖσαν διὰ τοῦ ἐν Π. Ε. ἀγορανομίου.* Damit wird auch die oben (S. 304) vorgeschlagene Ergänzung von Flor. 55, $_{24}$ gestützt und ihre Fortführung nach dem Vorbild von Lond. 1897 möglich: *καταγέγραμμαι διὰ τοῦ ἐν [Ἑρμοῦ πόλει ἀγορανομίου* (oder *ἐν [Ἀλεξανδρείᾳ καταλογείου*)[1]) *ἐξ] ἐνεχυρασίας καὶ προςβολῆς τῶν [ἐν Ἑρμοῦ πόλει* (oder ähnlich) *ξενικῶν πρακτόρων* —, darauf folgte die Bezeichnung des Grundstückes mit Zubehör (26ff.): [— *τὴν* (Name des Eigentümers)] — *οἰκίαν καὶ προνήσιον κτλ.*

Noch aus einem andern Grunde ist die neue Urkunde wichtig: sie gibt uns auch Auskunft auf die bisher offene Frage, wie eine rechtsgeschäftliche Übereignung gegen den Willen des Schuldners als bisherigen Eigentümers der gepfändeten Grundstücke durchgeführt werden konnte. Verweigerte er seine Mitwirkung[2]), so stellte das Notariat nach Maßgabe der einseitigen Erklärung des Gläubigers[3]) fest, daß die Pfandstücke auf Grund der vorher ergangenen *ἐνεχυρασία* und *προςβολή* dem Gläubiger zugeschrieben seien. Das heißt mit andern Worten: jene Akte der Chrematisten und des Gerichtsvollziehers ersetzten die Zustimmung des Schuldners.[4]) In gleicher Weise muß man sich den Her-

[1]) Ob der Gläubiger die *καταγραφή* (wie in Lond. 1897) bei einem Notariat der *χώρα* oder durch *συγχώρησις* in Alexandrien (wie in Flor. 56) vornehmen wollte, mag in seinem Belieben gestanden haben. Dem Recht des Schuldners geschah durch die Wahl des einen oder andern Ortes insofern kein Abbruch, als der Akt, wie gleich zu zeigen ist, seiner Anwesenheit nicht bedurfte.

[2]) Daß die Mitwirkung des Schuldners ausgeschlossen gewesen und die Ausstellung einer freiwilligen Abtretungsurkunde in den gewöhnlichen Formen unzulässig gewesen sei, darf gewiß nicht aus Lond. 1897 geschlossen werden. Vgl. BGU. 832 (Hypothek) und dazu Rabel Verfügungsbeschränkungen S. 73. Vgl. auch unten S. 339.

[3]) Es ist das Verdienst von Schwarz (Hypothek und Hypallagma 122ff.), zuerst auf diesen Weg gewiesen zu haben. Allerdings für das Vollstreckungsverfahren bei Hypotheken (darüber wird unter V zu handeln sein); betreffs des Hypallagma begnügt sich S. damit, auf jene Erörterungen zu verweisen (S. 110, $_1$. 123). Andere einseitige notarielle Urkunden (außer letztwilligen Verfügungen) bieten Grenf. II 70, $_4$f.; Oxy. 1208, $_3$f.

[4]) Das findet darin seinen Ausdruck, daß der *χρηματισμός*, in dem die Praktoren dem Agoranomen von der *ἐνεχυρασία* und *προςβολή* Mit-

gang vorstellen, wenn die *καταγραφή*, wie das nach der oben vertretenen Meinung im Verfahren von Flor. 56 geschah, durch eine *συγχώρησις* vor dem Erzrichter vollzogen wurde.[1]) Bleiben wir aber bei dem, was wir aus Lond. 1897 sicher zu erkennen vermögen, stehen, so ist zu beachten, daß die *ἐνεχυρασία* ohne nähere Bezeichnung, insbesondere ohne Angabe der Behörde, von der sie ausging, erwähnt wird, während bei der *προςβολή* nicht nur das Amt, die *ξενικῶν πρακτορία*, sondern auch die Pächter, die es verwalteten, und der Gehilfe, der den Akt vollzogen hatte, mit Namen angeführt sind. Man wird daraus schließen dürfen, daß die *καταγραφή* sich gerade an diesen letzteren Akt anschloß und daß der Notar seine Machtvollkommenheit, die Urkunde ohne Mitwirkung des Schuldners aufzunehmen, wenigstens nicht unmittelbar von den Chrematisten, sondern von dem Vollstreckungsbeamten herleitete. War doch auch in dem Gerichtsbeschluß zwar ein Schreiben an den Praktor, nicht aber an den Agoranomen vorgesehen.

Pap. Lond. 1897 cit. führt uns aber noch einen Schritt weiter, indem er berichtet, die *καταγραφή* sei erfolgt ($_9$ff.): *κατὰ τὸν ἐπισταλέντα ὑπὸ αὐτῶν* (Praktoren) *χρηματισμόν, οὗ ἀντίγραφον τῇδε τῇ ὁμολογίᾳ ὑποτέτακται.* Das wird ganz wörtlich dahin zu verstehen sein, daß der die Urkunde aufnehmende Agoranom aussagt, der abschriftlich beigefügte *χρηματισμός* sei ihm unmittelbar von den Praktoren zugegangen. Denn wollte man das *ἐπιστέλλειν* als Zusendung der Vollstreckungsbeamten an den Gläubiger auffassen, so wäre nicht abzusehen, warum der Notar gerade diese und nicht auch die für ihn viel wichtigere Vorlegung des Gläu-

---

teilung machten, wie der Londoner Papyrus sagt, in Abschrift der *καταγραφή* angehängt wurde.

[1]) Wie die *συγχώρησις* dann formuliert war, läßt sich nicht sagen. Das übliche *συγχωρεῖ*, das bei Abtretungsurkunden vom Veräußerer ausgehen mußte, ließ sich, wenn dieser abwesend war, schwerlich verwenden; für die rein protokollarische Beurkundung (*καταγράφη*) fehlt es bei der *συγχώρησις* an einem Beispiel. Aber gewiß war es möglich, diese formalen Schwierigkeiten zu überwinden: keinesfalls glaube ich, daß unser Nichtwissen darüber die oben vertretene Auffassung der *συγχώρησις τελειωθεῖσα* von Flor. 56, $_{11}$ zu erschüttern vermag.

bigers bei ihm selbst in der Urkunde vermerkte.[1]) Von größerer Bedeutung ist die Frage, welchen Inhalt der *χρηματισμός* hatte.[2]) Der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* kann nicht gemeint sein, denn durch dessen Mitteilung hätte der Agoranom zwar erfahren, daß eine Pfändung über den Schuldner verhängt wurde, nicht aber, daß und an welchen Grundstücken sie ausgeführt wurde[3]): gerade darauf aber kam es für ihn an. Dem Wortlaut unseres Textes entspricht am besten die Annahme, daß der *χρηματισμός* der Praktoren ein selbständiges Schreiben der letzteren an den Urkundsbeamten war, durch das sie ihn benachrichtigten, daß auf Grund des Beschlusses der Chrematisten von ihrer Seite eine *προςβολή* der näher angegebenen Grundstücke an den Gläubiger erfolgt war.[4]) Demnach hatte nicht der Gläubiger dem Notar durch die Vorlegung des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und der *προςβολή* oder auch nur der letzteren allein den Nachweis für seine Berechtigung zu der nötigenfalls einseitigen[5]) *καταγραφή* zu erbringen, sondern der Praktor gab von sich aus dem Notar zu wissen, daß ihrer Aufnahme nichts im Wege stehe. Wie das zum Ausdruck gebracht war, ist unbekannt[6]): jedenfalls lag in dem *χρημα-*

[1]) Mit dieser Auslegung meine ich den Worten des Textes am besten gerecht zu werden. Aber auch wenn der Gläubiger dem Agoranomen den ihm von den Praktoren zugestellten *χρηματισμός* überreicht hätte, wäre sein Inhalt ebenso zu bestimmen, wie es oben geschieht.

[2]) Das Wort *χρηματισμός* kann jede Urkunde bedeuten, in welcher eine von einer Behörde oder eine von einem Privaten vor einer Behörde vorgenommene Rechtshandlung bezeugt wird. Daß der in Lond. Nr. 1897,$_{10}$ erwähnte *χρηματισμός* der ersteren Gattung angehörte, also der Akt einer Behörde war, liegt auf der Hand: denn nur von einer solchen konnte die Ermächtigung zur einseitigen *καταγραφή* ausgehen.

[3]) Da die *καταγραφή* auf Grund der *ἐνεχυρασία* und *προςβολή* erging, wäre nicht zu verstehen, weshalb dem Agoranomen nur die erstere zugesandt sein sollte, die der *προςβολή* doch höchstens als einer bevorstehenden, vom Praktor vorzunehmenden Handlung gedacht haben könnte. Vgl. auch S. 309. 316.

[4]) Daß der *χρηματισμός* nicht mit der *προςβολή* gleichzusetzen ist, soll im Zusammenhange mit der letzteren (S. 317) dargelegt werden.

[5]) Ich glaube nicht, daß diese abgekürzte Bezeichnung für die ohne Mitwirkung des Schuldners aufzunehmende *καταγραφή*, wie sie in Lond. Nr. 1897 vorliegt, mißverstanden werden kann.

[6]) Man könnte sich ein ähnliches *κατάγραφον* vorstellen wie in

τισμὸς ἐπισταλείς — oder wie man wohl kürzer sagen darf, dem *ἐπίσταλμα* — eine Ermächtigung der Praktoren zur Aufsetzung der *καταγραφή* im obigen Sinne.

So aufgefaßt bietet der *χρηματισμός* der Praktoren vielleicht auch die Handhabe zur Deutung eines anderen, neuerdings bekannt gewordenen Textes, nämlich eines Zusatzes zu BGU. 1132[1]), der lautet: *μὴ οὔσης τῆς βεβαιώσεως τ(ῆ)ς προκ(ειμένης) προςβο(λῆς) Ἀμμώνιον (?) διὰ τῆ(ς) διὰ τῶν πρακ(τόρων) συγχωρή(σεως)*. Der Vermerk scheint folgendermaßen zu verstehen: für die vorliegende *προςβολή* zugunsten des Ammonios (?)[2]), d. h. für den auf Grund dieser *προςβολή* erfolgten Eigentumserwerb ist (vom Schuldner) keine Gewähr zu leisten, da sich die Veräußerung auf Grund der Gestattung[3]) der Praktoren (nicht freiwillig durch den die Gewährschaft übernehmenden Rechtsvorgänger) vollzogen hat. Jedenfalls wird man, worauf es hier ankommt, aus den Worten entnehmen dürfen, daß es sich um das Einstehen für einen Eigentumserwerb handelt: dieser beruhte auf einer Gestattung der Praktoren, und diese Gestattung war die Folge der *προςβολή*. Die hier erwähnte *συγχώρησις* ist also mit dem *χρηματισμὸς ἐπισταλείς* von Lond. 1897 auf eine Linie zu stellen, gleichviel ob sie, wie dieser, in einer besonderen Zuschrift an den Notar zum Ausdruck gebracht war oder nur als in der *προςβολή* enthalten angesehen wurde.

Oxy. 242. 327. 328. 330—336 (vgl. dazu Mitteis, Grundz. 82, $_2$ und Chrest. II S. 194f.), von welchen Texten freilich nach dem, was die Herausgeber darüber mitteilen, keiner auf ein Vollstreckungsverfahren zurückzugehen scheint. Auch das *κατάσχετε* in Oxy. 712, $_3$ (vgl. $_{19}$), das sicher von den *ξενικῶν πράκτορες* ausging, könnte als Parallele herangezogen werden. Aber auch eine bloße Zusendung (der *προςβολή*) zur Kenntnisnahme würde dem Begriffe des *χρηματισμὸς ἐπισταλείς* gerecht werden, denn auch darin würde eine Ermächtigung oder Aufforderung an den Agoranomen, seines Amtes zu walten, liegen.

[1]) Gelesen von Schubart, veröffentlicht von Preisigke in der Berichtigungsliste zu BGU. 1132 (S. 98).

[2]) Der Akkusativ *Ἀμμώνιον* ist auf jeden Fall unverständlich und auch wohl deshalb vom Herausgeber mit einem Fragezeichen versehen. Ammonios war, wie die Urkunde BGU. 1132, $_6$ff. zeigt, der Gläubiger.

[3]) Daß die hier erwähnte *συγχώρησις τῶν πρακτόρων* nichts gemein hat mit der *συγχώρησις τελειωθεῖσα* (Datum) in Flor. 56, $_{11}$ (S. 305) braucht kaum hervorgehoben zu werden.

Die Frage nach der materiellen Bedeutung der *καταγραφή* wird besser im Zusammenhang mit der *προςβολή* erörtert, der wir uns jetzt zuwenden.

2. *προςβολή*.

Nach den angeführten Urkunden Flor. 55, $_{25}$. 56, $_{11}$ (Chrest. II 241), Lond. Nr. 1897, $_{7}$ (Arch. f. Pap. VI 106f.) und außerdem Oxy. 1027, $_{7}$ (Chrest. II 199a) folgte dem *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und ging der *καταγραφή* voran die schon mehrfach berührte *προςβολή*.[1]) Daß sie, was früher von einigen Forschern in Zweifel gezogen wurde, einen von der *ἐνεχυρασία* (d. h. dem Beschluß der Chrematisten) äußerlich getrennten Akt darstellte, darf nach den neuen Urkunden[2]) als feststehend angesehen werden. Bestätigt haben diese Urkunden, daß die *προςβολή* durch eine Behörde, nämlich die *ξενικῶν πράκτορες*[3]) des Gaues, in dem die Vollstreckung auszuführen war, vollzogen wurde. Was zunächst den äußeren Verlauf des Verfahrens anlangt, so darf als sicher angenommen werden, daß das Einschreiten der Praktoren ebenso wie alle anderen obrigkeitlichen Akte des Mahn- und Vollstreckungsverfahrens eine schriftliche Eingabe der Partei, also hier des Gläubigers, voraussetzte, wenn uns auch eine Urkunde dieser Art bisher nicht bekannt geworden ist.[4]) Die Wirksamkeit der Behörde

---

[1]) Vgl. über die *προςβολή* Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 40, $_{5}$; Eger, Z. Sav. St. XXXI 460; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 104ff.; Mitteis, Z. Sav. St. XXXII 487 und Grundz. 160f. und Chrest. S. 270 (zu Nr. 241, $_{11}$); Raape, Verfall des Pfandes 119ff. 123ff.; Partsch, Arch. f. Pap. V 517.

[2]) BGU. 1132, $_{8}$. $_{17}$ und Zusatz bei Preisigke, Berichtigungsliste S. 98; Lond. 1897, $_{7}$; Oxy. 1027, $_{7}$.

[3]) Weiter, als die *προςβολή* es fordert, kann hier auf diese viel besprochenen Beamten nicht eingegangen werden. Vgl. über sie Grenfell Hunt, Pap. Oxy. II zu Nr. 286, $_{15}$ und Pap. Teb. I zu Nr. 5, $_{221}$ und Oxy. IV Einl. zu Nr. 712 (S. 178); Reinach, Pap. grecs et dém. S. 40; Mitteis, Pap. Lips. Einl. zu Nr. 120 (S. 326) und Grundz. 19f.; Gradenwitz, Arch. f. Pap. III 29ff.; Lewald, Grundbuch 67ff.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 82. 96. 130f.; Lesquier, Pap. Magd.[2] zu Nr. 8, $_{11}$ (S. 88f.) und zu Nr. 41, $_{5}$ (S. 198); Dikaiomata 58f. 95f.

[4]) Darauf verwiesen sein dürfte in Oxy. 1027, $_{6}$f: *ἐξ οὗ ἐξερχομένου μου τῆς τῶν ἠνεχυρασμένων προςβολῆς*. Die Vermutung, daß dieses Ge-

beschränkte sich, wie wir deutlich zu erkennen vermögen, nicht auf einen einzelnen Akt, sondern sie war durch eine Mehrheit von Handlungen am Verfahren beteiligt.[1]) Dennoch darf man behaupten, daß *προςβολή* nicht eine zusammenfassende Bezeichnung für diese ihre ganze Tätigkeit oder deren Ergebnis ist, sondern daß darunter der bestimmte Akt[2]) verstanden wird, der den Schlußstein ihrer Tätigkeit bildete. Die Zusammenstellung dieser *προςβολή* mit der *ἐνεχυρασία* (der Chrematisten), bei welcher beide als Grundlage der *καταγραφή* erscheinen, berechtigt uns, auch in der ersteren einen Ausspruch der Behörde über das Rechtsverhältnis des Gläubigers zu den Pfandgrundstücken zu erblicken.

Die Frage, um welches Recht es sich dabei handelte, erledigt sich durch das, was oben (S. 301 ff.) über den Charakter des Pfandes im Vollstreckungsverfahren hervorgehoben wurde. Da es ein Verfallspfand war, so wurde das davon betroffene Grundstück vom Gläubiger zu Eigentum erworben.[3]) Schwierigkeiten aber macht die weitere Frage, welcher der drei Akte, die in den für die *ἐνεχυρασία*

---

such an die Praktoren ebenso wie das an den Strategen (S. 236) eine Abschrift der *ἔντευξις* und des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* enthielt, liegt nahe: man nimmt ja in Ägypten nicht leicht zu viel Schreibwerk an. Nicht auf diese Eingabe zu beziehen scheint das vorher in Oxy. 1207, $_{8}$ erwähnte *περὶ τῆς ἐνεχυρασίας ὑπόμνημα*: wahrscheinlich ist die *ἔντευξις* an den Präfekten um Erlaß des Pfändungsbeschlusses gemeint. Auch das Gesuch in Oxy. 712, $_{8}$ff. betraf, ebenso wie seine Erledigung durch die Praktoren, nach dem erhaltenen Text zu urteilen, nur die Beschlagnahme (*κατοχή*) des Pfandgrundstückes, nicht die *προςβολή*. Näheres unten S. 334 f.

[1]) Sicher nachweisbar ist neben der *προςβολή* die Aufforderung an die *βιβλιοφύλακες* zur *κατοχή* in Oxy. 712. Vielleicht waren die Praktoren auch für die *παράδειξις* zuständig, vgl. unten S. 324.

[2]) Man kann sich dafür auch auf Lond. 1897 cit. berufen, denn wenn hier von einer *προςβολή* gesprochen wird, die von der *ξενικῶν πρακτορία* der beiden Ammonios ausging und durch ihren Gehilfen Antoninus vollzogen wurde, so kann sich das letztere wohl nur auf einen bestimmten Akt beziehen.

[3]) Es braucht wohl kaum darauf hingewiesen werden, daß für die *ἐνεχυρασία*, *προςβολή* und *καταγραφή* der Besitzerwerb nicht in Frage kommt, weil für diesen ja der letzte Teil des Verfahrens, die *ἐμβαδεία* bestand.

maßgebenden Quellen genannt werden, den Gläubiger zum Eigentümer machte, der *χρηματισμός*, die *προςβολή* oder die *καταγραφή*.

Gewiß nicht der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*. Wie schon hervorgehoben (S. 325), befahlen die Chrematisten den Ortsbehörden zweierlei: die Zustellung einer Abschrift ihres Beschlusses mit der *ἔντευξις* und die Vollziehung der Pfändung nach den bestehenden Vorschriften. Ob dabei einzelne Vollstreckungsmaßregeln (z. B. die *προςβολή*) benannt waren, läßt sich wegen der Lücke in BGU. 1038, $_{18}$ nicht erkennen. Aber auch wenn das der Fall gewesen sein sollte, so konnten damit doch nur weitere Handlungen der Behörden hervorgehoben sein, die den Eigentumserwerb des Gläubigers mittelbar oder unmittelbar herbeiführen sollten. Daß der *χρηματισμός* das Pfand dem Gläubiger für verfallen erklärt oder ihn sonstwie zum Eigentümer gemacht hätte, scheint auf jeden Fall mit dem erhaltenen Wortlaut der Urkunde unvereinbar.

Es bleibt also die Wahl zwischen *προςβολή* und *καταγραφή*. Wir haben zwar bisher keine die *προςβολή* selbst darstellende Urkunde, sondern sind für sie auf gelegentliche Erwähnungen und namentlich auf Rückschlüsse aus der besser bekannten *καταγραφή* beschränkt. Aber ich meine, die Quellen weisen so deutlich auf die konstitutive Wirkung eben der *καταγραφή* hin, daß kaum ein Zweifel übrigbleiben kann.[1]) Hätte schon die *προςβολή* das Eigentum an den Gläubiger übertragen, so müßte man sich notwendig die Frage vorlegen, welchen Sinn es dann haben sollte, daß man ihr eine rechtsgeschäftliche Urkunde folgen ließ, die unter Verschweigung des vollzogenen Rechtserwerbes sich den Schein gab, als habe dieser Rechtserwerb erst vor dem Notariat stattgefunden. Denn das ist nach der unzweideutigen Ausdrucksweise von Flor. 55, $_{24}$f. 56, $_{11}$ und Lond. 1897, $_{7}$f. cit.[2]) der Sinn der *καταγραφή*: es geht

---

[1]) Hiermit wird die vorher (S. 312) abgebrochene Frage wieder aufgenommen. Auch auf die Verdienste von Rabel und Schwarz in der Behandlung dieser Frage (S. 304, 2) soll noch einmal hingewiesen werden, wenn auch im folgenden manche abweichende Ansicht geäußert wird.

[2]) S. den S. 303. 307 mitgeteilten Wortlaut.

nach diesen Quellen nicht an, ihr bloß eine deklarative Wirkung beizulegen: wäre das gemeint, so gätte gesagt sein müssen, welcher vorhergehende Akt das Eigentum übertragen hatte. Deutlich lassen die Texte erkennen, daß zwar *ἐνεχυρασία* und *προςβολή* die Voraussetzung der *καταγραφή* bildeten[1]), deren Vorliegen feststehen mußte, ehe der Notar die Umschreibung vornehmen durfte, daß aber die *καταγραφή* selbst es war, die den Eigentumserwerb des Gläubigers herbeiführte. Nichts anderes kann es bedeuten, wenn die eingetretene Rechtsänderung als *καταγράφεσθαι οἰκίαν, ἀρούρας* oder die davon betroffenen Liegenschaften als *καταγραφέντα, καταγεγραμμένα* — nicht *προςβάλλειν, προςβληθέντα* usw. — bezeichnet werden und wenn für die Einzelheiten des Erwerbes auf die *καταγραφή* verwiesen wird (Flor. 56, $_{16}$). Klar tritt auch die Rechtsanschauung des Verfalles in den Worten der *καταγραφή* Lond. 1897, $_{38}$f. zutage, daß die Grundstücke dem Gläubiger zum Ausgleich für seine Forderung (*πρὸς τὰς ὀφειλομένας αὐτῷ — δραχμάς*)[2]) übereignet sein sollten.

Enthielt erst die *καταγραφή* die Übereignung, so bleibt die Bedeutung der *προςβολή* festzustellen. Sie wird erkennbar, wenn man den Wortlaut des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* mit dem der *καταγραφή* vergleicht. Pap. BGU. 1038, $_{13-18}$, zurzeit das am vollständigsten erhaltene Beispiel eines solchen *χρηματισμός*, zeigt, daß die Chrematisten, wenn auch ihr Beschluß in der Tat die Pfändung verhängte, doch — von den oben erwähnten Ermittelungen und Feststellungen abgesehen — deren Durchführung nicht weiter regelten, sondern sie unter Verweisung auf die dafür bestehenden gesetzlichen Vorschriften den Ortsbehörden auftrugen. Insbesondere war, nach den bisher bekannt gewordenen Texten zu urteilen[3]), im Beschlusse nicht gesagt, auf welche Weise

[1]) Sie beide bildeten die Voraussetzung, wenn auch, wie oben S. 309 dargelegt wurde, die *καταγραφή* sich zunächst an die *προςβολή* und durch sie nur mittelbar an den *χρηματισμός ἐνεχυρασίας* anschloß.

[2]) Dieser Sprachgebrauch, häufiger noch das sachlich gleichwertige *ἀντὶ τῶν ὀφειλομένων δραχμῶν* (oder ähnlich) ist namentlich aus Hypothekenurkunden bekannt: vgl. Flor. 1, $_7$. 86, $_{22}$. $_{26}$; Oxy. 485, $_{21}$. 506, $_{21}$. $_{44}$; auch BGU. 101, $_5$ (Nutzungspfand).

[3]) Ich mache diese Einschränkung deswegen, weil sich Ermitte-

der Gläubiger befriedigt und seine Forderung gedeckt werden sollte. Andrerseits macht die καταγραφή Lond. 1897 den Gläubiger zum Eigentümer bestimmt bezeichneter Grundstücke. Nun darf es als ausgeschlossen gelten, daß dem Agoranomen, oder wer sonst die Urkunde aufnahm, irgendwelche Verfügung oder Entscheidung über das Recht des Gläubigers oder Schuldners zugewiesen war. Derartige, in die Rechtsverhältnisse der Parteien eingreifende Regelungen waren damals ebensowenig Aufgabe des Notars wie heutzutage. Auch war seiner ja gar nicht in dem χρηματισμός gedacht: von den dort aufgeführten Ortsbehörden aber können hier nur die ξενικῶν πράκτορες in Betracht kommen, und der maßgebende Akt kann nur die von ihnen ausgehende προςβολή gewesen sein. Denn diese gibt die καταγραφή als die Grundlage an, aus der sie unmittelbar hervorgegangen ist (S. 309).

Das Wort προςβολή bedeutet, was schon öfter betont wurde, 'Zuschlag'. Von den Gerichtsvollziehern wurde also das Pfandgrundstück dem Gläubiger zugeschlagen oder — was auf dasselbe hinauskommt — für verfallen erklärt: dieses aber, wenn unsere vorstehenden Erörterungen zutreffen, nicht in dem Sinne, daß der Gläubiger durch den Spruch der Behörde zum Eigentümer wurde, sondern, daß er sich das Eigentum (auch gegen den Willen des Schuldners) von einem öffentlichen Urkundsamt zuschreiben lassen konnte. Selbstverständlich soll damit nichts über die Form und den Wortlaut der προςβολή gesagt, sondern nur eine Ansicht darüber ausgesprochen sein, mit welchem Inhalte sie sich zwischen dem Beschluß, die Pfändung einzuleiten und seiner letzten Wirkung, der Übertragung des Eigentums auf den Gläubiger einfügte.

---

lungen und Feststellungen des Verfahrens nachweisen ließen (S. 289 ff.), die in einem Falle ἐπὶ τῆς διαλογῆς, im andern ἐπὶ τῶν τόπων vorgenommen wurden. Wenn es auch nicht gerade wahrscheinlich ist, daß der hier in Frage stehende Punkt, die Feststellung der Pfandgrundstücke (die regelmäßig auf dem Wege der nachher zu betrachtenden παράδειξις erfolgte) ebenfalls zu ihnen gehörte, so wird doch eine vorsichtige Forschung die Möglichkeit einer weitergreifenden Fassung des Gerichtsbeschlusses — der beispielsweise bei hypallagmatischer Haftung von Grundstücken diese anführte — nicht schlechthin als ausgeschlossen ansehen dürfen.

Zu erwägen bleibt noch, ob nicht etwa die προςβολή eins und dasselbe war mit dem aus Lond. Nr. 1897 bekannten, oben (S. 309f.) besprochenen χρηματισμός (ἐπίσταλμα, συγχώρησις) der Praktoren. Die Frage muß verneint werden. Gegen die Verselbigung spricht schon die Ausdrucksweise der Londoner Urkunde, daß die καταγραφή vollzogen werde 'auf Grund' (ἐξ) der ἐνεχυρασία und der προςβολή der Praktoren (und) 'gemäß' (κατά) dem von dieser Behörde übermittelten χρηματισμός. Auch würde man nicht recht verstehen, warum derselbe Akt in einem Satz mit zwei verschiedenen Worten bezeichnet sein sollte. Außerdem war, wenn die obige Erklärung das Rechte getroffen hat, der χρηματισμός ein Schreiben der Praktoren an den Agoranomen (oder wer sonst die καταγραφή aufnahm): die Formulierung der προςβολή kennen wir nicht, aber wenn sie eine Adresse trug, spricht der Anschein dafür, daß es die des Gläubigers war, der das Verfahren betrieb, oder vielleicht auch des Schuldners, der davon betroffen wurde. Es wird also dabei bleiben müssen, daß die Praktoren in der προςβολή kundgaben, das Pfand sei dem Gläubiger für seine Forderung zugewiesen (verfallen), und daß sie außerdem das Urkundsamt ermächtigten, diesen ihren Spruch durch (formell rechtsgeschäftliche) Übereignung des Grundstückes an den Gläubiger zu verwirklichen. Dabei ist gewiß nicht ausgeschlossen, daß der χρηματισμός eine Abschrift der προςβολή enthielt: wir wissen nichts Näheres darüber, und der Möglichkeiten gibt es viele.[1])

3. παράδειξις.

Die im vorhergehenden vertretene Auffassung der προςβολή wird noch klarer hervortreten, wenn wir die Spuren verfolgen, welche wir über einen verwandten, sich ebenfalls ἐπὶ τῶν τόπων abspielenden Akt, die παράδειξις, in unseren Quellen finden. Ihrer wird an drei Stellen gedacht.

Lond. III 132f. Nr. 908, $_{23}$f. (Chrest. II 229) (vom J. 139 n. Chr.): παρέδει[ξα τὰ ὑπάρχον]τα αὐτοῦ διακεί[μ]ενα ἐν ὀνόματι τῆς γυναικός αὐτοῦ.

---

[1]) Vgl. auch S. 310f., 6.

Oxy. 712, $_2$ (Chrest. II 231) (Ende des II. Jahrhunderts): . . . . .]*ομως παραδείξεως ὑφ' ἥν ἐστιν ε . [. . . . .*[1])

Flor. 56, $_{14}$ (Chrest. II 241) (vom J. 234 n. Chr.): *καταγέγρα(μμαι) — τάς τε ὑπηλλαγμένας — [ἀρούρας —] — καὶ διὰ τὸ μὴ βιάζειν δ προςπαρέδειξα — μέρος οἰκίας —.*

Gewiß mit Recht hat man in der neueren Literatur[2]) die *παράδειξις* als die Bezeichnung der für die Vollstreckung in Anspruch genommenen Vermögensstücke[3]) aufgefaßt. In den vorhergehenden Texten handelt es sich um Grundstücke des Schuldners[4]): es scheint, daß diese bei der *παράδειξις* ebenso wie bei einer freiwilligen Veräußerung nach Lage (Ort, Gemarkung, Nachbarn), Flächeninhalt, wirtschaftlicher Beschaffenheit (Haus, Hof, Bauplatz, Gartenland, Getreideland), nötigenfalls auch politischer Bodengattung (Katoikenland) aufgeführt werden mußten.[5])

---

[1]) Über die Frage, ob in Oxy. 712, $_3$ *παρέδ[ειξεν* zu ergänzen ist, s. S. 321.

[2]) Schwarz, Hypothek und Hypallagma 97f.; Mitteis, Chrest. S. 254 (zu Nr. 231, $_2$); Raape, Verfall des Pfandes 125.

[3]) In dem Verfahren *ἐπὶ τῶν τόπων* kommen auch Nachweise anderer Art vor. Dahin gehört die Bezeichnung der betroffenen Personen, soweit sie nicht schon in der Eingabe benannt waren, insbesondere der Erben des Schuldners und ihrer gesetzlichen Vertreter. Freilich beziehen sich die Belege dafür (BGU. 888, $_{21}$f.; Oxy. 485, $_{31}$f. 1270, $_{51}$f.) nicht auf die Zustellung einer *ἔντευξις*, sondern eines *διαστολικόν*. Aber daß eine Rechtsnachfolge, wie sie in diesen Stellen vorausgesetzt wird, auch beim Vollstreckungsverfahren eintreten konnte, liegt auf der Hand: vielleicht haben wir eine Spur davon in BGU. 239, $_6$f. noch erhalten, wo die Zustellung an die Tochter und Erbin des Schuldners erbeten wird und am Schlusse der Zeile möglicherweise ähnliche Formeln wie in den obigen Stellen enthalten waren. Aber wie dem auch sei, es fehlt am Beweise dafür, daß der uns hier beschäftigende Abschnitt des Verfahrens, der im technischen Sinne *παράδειξις* hieß, sich auf etwas anderes als auf die Angabe der Grundstücke, die der Gläubiger zu seiner Befriedigung in Anspruch nahm, bezog, mag auch der Ausdruck für Nachweise aller Art passen.

[4]) Um das Eigentum des Schuldners an dem durch *παράδειξις* in Anspruch genommenen Grundstück handelt es sich in Lond. III 132f. Nr. 908, $_{23}$f. S. darüber S. 325f.

[5]) Das darf man daraus schließen, daß die Grundstücke in der (einseitigen) *καταγραφή* Lond. 1897, $_{21-38}$ in dieser Weise verzeichnet werden, welche ihrerseits auf einer vorhergehenden Feststellung der Grundstücke durch die Behörde beruhte. Näheres S. 323f.

Mit der Namhaftmachung der Grundstücke verband sich, wie schon von anderer Seite[1]) hervorgehoben wurde, auch ihre Abschätzung dem Werte nach. Das zeigt vor allem[2]) der angeführte Text von Flor. 56, nach dem die *καταγραφή* außer den hypallagmatisch verpfändeten Aruren noch andere Grundstücke ergriff, weil der Gläubiger 'nachgewiesen hatte' ($_{13}$), daß die ersteren zur Deckung seiner Forderung nicht ausreichten. Natürlich mußte dazu auch der Betrag der Forderung feststehen und der Wert der rückständigen Zinsen, der Kosten und Gebühren ermittelt werden.[3]) Mit Recht hat die neuere Forschung aus diesen Tatsachen die wichtige Folgerung gezogen, daß die gepfändeten Grundstücke dem Gläubiger nicht schlechthin als Ersatz seiner Forderung zufielen, sondern ihm zu ihrem Schätzungswert zugewiesen wurden. Freilich, wie die Auseinandersetzung geschah, wenn sich ein der Forderung gleichwertiges Pfand nicht finden ließ, insbesondere ob bei einem Mehrwert des Grundstückes der Gläubiger zur Herauszahlung des Überschusses verhalten wurde, bleibt noch ganz im dunkeln. Unsere Quellen bieten keinen Anhalt zur Beantwortung dieser Frage und es nützt nichts, Vermutungen darüber aufzustellen.

Die *παράδειξις* war notwendig, wenn das Vollstreckungsverfahren auf Grund pfandloser Forderung eingeleitet wurde, weil hier vor der Pfändung überhaupt noch kein bestimmtes Grundstück verhaftet war: der Gläubiger mußte also angeben, welches er in Anspruch nahm.[4]) Bei hypallagmatisch

---

[1]) Schwarz, Hypothek und Hypallagma 98, vgl. auch 110f.; ferner Partsch, Arch. f. Pap. V 517; Raape, Verfall des Pfandes 131.

[2]) Inwiefern für die hier behandelte Frage BGU. 1132 in Betracht kommt, wird unten (S. 329f.) zu erörtern sein. BGU. 378, $_{24}$f. (Chrest. II 60) ist hier deswegen nicht herangezogen, weil es sich in der Urkunde nicht um ein Vollstreckungsverfahren vor Erzrichter und Chrematisten auf Grund einer exekutiven Urkunde handelt.

[3]) Das lassen die Texte von Lond. 1897 (*ἀντὶ πλειόνων*) und Flor. 56 über die *καταγραφή* deutlich erkennen.

[4]) Man kann dafür zunächst auf Flor. 56, $_{14}$ verweisen, denn der Hausanteil, von dem die Gläubigerin sagt, daß sie ihn über das Hypallagma hinaus angegeben habe (*προςπαρέδειξα*), war ihr nicht verpfändet. Ferner darf man mit ziemlicher Sicherheit Lond. III 132f. Nr. 908 cit.

gesicherter Forderung war das der Vollstreckung unterliegende Grundstück schon durch den Vertrag bestimmt, nichtsdestoweniger scheint auch hier eine Erklärung des Gläubigers, durch die er sein Recht auf dieses Grundstück geltend machte, erforderlich gewesen zu sein. Jedenfalls konnte die *παράδειξις* nicht fehlen, wenn es sich um die Feststellung des Wertes des Grundstückes, das von dem Hypallagma ergriffen wurde, handelte. Auch dafür kann man sich auf Flor. 56, $_{14}$ berufen: denn wenn der Gläubiger hier ergänzungsweise auf ein zweites, nicht verpfändetes Grundstück greift (*προς-παρέδειξα*), so setzt das eine vorhergehende Bezeichnung und Abschätzung des hypallagmatischen Pfandgrundstückes voraus, welche eben das Ergebnis hatte, daß dessen Wert nicht zur Deckung der Forderung ausreichte.

Die *παράδειξις* wird sicher in Flor. 56, $_{14}$ und aller Wahrscheinlichkeit nach auch in Lond. III 132f. Nr. 908, $_{23}$f.[1]) von der Gläubigerin vorgenommen. Konnte sie auch vom Schuldner ausgehen?[2]) Die Beantwortung dieser Frage

---

hierherziehen: die Gläubigerin, welche die *παράδειξις* vornahm ($_{23}$f.), erwähnt kein *ὑπάλλαγμα*, was sie bei ihrer sehr fragwürdigen Rechtsbehauptung wohl kaum unterlassen hätte, wenn ihr eins zugestanden hätte. Auch in Oxy. 712 cit. wird wenigstens in den uns erhaltenen Teilen kein Hypallagma genannt. Zur Unterstützung mag auch noch auf die im übrigen nicht hierhergehörige Urkunde Oxy. 286, $_{20}$f. hingewiesen werden, in welcher der Bürge für den Fall, daß er vom Gläubiger in Anspruch genommen werden sollte, dem Schuldner die Vollstreckung androht 'in alle seine Grundstücke, die er findet', d. h. deren Nachweis er sich vorbehält.

[1]) *Παρέδει[ξα* ist von Grenfell Hunt bei Wilcken, Arch. f. Pap. IV 548 und von Mitteis, Z. Sav. St. XXVIII 385 ergänzt worden. Daran wird man festhalten müssen. Obwohl auch so der Satzbau Schwierigkeiten macht, würde er sich einer Ergänzung *παρέδει[ξε* mit dem Schuldner als Subjekt noch viel weniger fügen. Die Darstellung des Vorgehens des Schuldners beginnt offenbar erst bei *συνεργῶν*. Über den Inhalt der Urkunde s. S. 325f.

[2]) Man könnte sich das beispielsweise so vorstellen, daß bei einer pfandlosen Forderung der zahlungsunfähige Schuldner der Behörde ein oder mehrere Grundstücke angab, die dem Gläubiger zu seiner Befriedigung zufallen sollten. Der Schuldner hätte auf diese Weise die Auswahl gehabt, was natürlich von Vorteil für ihn war. Bei dem ganz hypothetischen Charakter dieser Erörterung hat es keinen Zweck, der weiteren Frage nachzugehen, ob der Gläubiger, der jedenfalls volle

hängt von der Ergänzung und Auslegung von Oxy. 712, $_{3}$f. (Chrest. II 231) ab. Darf man mit Mitteis lesen *κατάσχετε οὖν πρὸς ἐνεχυρασίαν ἣν παρέδ[ειξεν . . . . Παθερμοῦθις καὶ ὁ ἀδελφὸς] αὐτοῦ Ποτάμων — οἰκ[ίαν καὶ αὐλήν*, so war hier von einer *παράδειξις* der Schuldner — denn das sind die genannten Brüder in der Urkunde — die Rede. Die angegebene Ergänzung hat immerhin so viel Wahrscheinlichkeit für sich, daß man mit dieser Möglichkeit rechnen muß.[1])

Die Frage, wann im Laufe des Vollstreckungsverfahrens die *παράδειξις* stattfand, läßt sich nur mittelbar in der Weise beantworten, daß wir untersuchen, von welchem Zeitpunkt ab es feststand, daß bestimmt bezeichnete (S. 318) und ihrem Wert nach abgeschätzte (S. 319) Grundstücke des Schuldners zur Deckung einer nach Kapital, Zinsen und

---

Befriedigung verlangen konnte, an das Angebot des Schuldners gebunden war und wie eventuell ein Streit darüber entschieden wurde.

[1]) Das Verlockende an dieser Ergänzung liegt darin, daß sich mit ihr die grammatische Konstruktion glatt erklären läßt: *κατάσχετε* hat zum Objekt den Relativsatz *ἣν παρέδ[ειξε κτλ.*, und in diesem ist Subjekt [*Πατερμοῦθις καὶ* —] —*Ποτάμων*, Gegenstand des Nachweises *οἰ[κίαν καὶ αὐλήν*. Letztere Ergänzung ist, wenn man Z. $_{18}$ff. vergleicht, so gut wie sicher. (Daran kann auch die für uns nicht aufzuklärende Unstimmigkeit, daß dort ($_{20}$) Haus und Hof als Eigentum nur des einen Bruders erscheint, während in Z. $_{4}$f. beide Brüder als Eigentümer genannt werden, nichts ändern.) Die Bedenken, auf die übrigens auch Mitteis hindeutet, liegen einmal darin, daß in dem in Z. $_{4}$ erhaltenen *παρεδ* der letzte Buchstabe unsicher ist, was natürlich die angeführte Ergänzung eines wichtigen Stützpunktes beraubt; weiter darin, daß die ohne Frage richtige Ergänzung von Grenfell Hunt in Z. $_{5}$ [*Παθερμοῦθις καὶ ὁ ἀδελφὸς*] *αὐτοῦ Ποτάμων* eben die Namen der Schuldner als Subjekte einführt. Wollte man an *παρέδ[ειξεν* festhalten, aber annehmen, daß der Nachweis vom Gläubiger ausging, so häufen sich die Schwierigkeiten bei jedem Versuch dies auszudrücken. Denn da die Namen der Schuldner in Z. $_{4}$ feststehen, müßte man annehmen, daß diese und die folgende Zeile außerhalb des Satzgefüges der Z. $_{3}$ standen. Es müßte also innerhalb dieses der Name des Gläubigers als Subjekt und *οἰκίαν καὶ αὐλήν* als Objekt zu *παρέδειξεν* in Z. $_{2-3}$ untergebracht werden. Wie sich das mit den Raumverhältnissen und mit den erhaltenen Resten von Z. $_{2}$ vereinigen ließe, vermag ich nicht zu erkennen. Man sieht, die im Text mitgeteilte Ergänzung hat vieles für sich und darf jedenfalls nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, wenn auch von Sicherheit in dieser Hinsicht keine Rede sein kann.

Gebühren (S. 319) feststehenden Forderung des Gläubigers verfangen waren. In der *ἔντευξις* war das nach dem bisher allein hierfür in Betracht kommenden Text von BGU. 1038, $_{18-27}$ noch nicht der Fall. Freilich wird hier nicht nur von der Forderung ($_{19}$f.), sondern auch von dem Hypallagma ($_{24}$) des Gläubigers gesprochen, aber die genaueren Angaben über Lage, Größe, Beschaffenheit und Wert der Grundstücke, wie sie die *παράδειξις* erforderte, sind in diesen Worten nicht enthalten und lassen sich schwerlich in die Lücken der Urkunde hineintragen. Diese *ἔντευξις* lieferte also weder eine *παράδειξις*, noch läßt sich nachweisen, daß sie eine solche als erfolgt voraussetzte. Auch was den *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* anlangt, lassen unsere Quellen nichts von dem erkennen, was als Merkmal der *παράδειξις* hingestellt wurde. Wie schon hervorgehoben (S. 314 f.), beschränkten sich in den uns bekannten Fällen die Chrematisten darauf, die Zustellung und Durchführung ihres Beschlusses im allgemeinen anzuordnen. So stark auch die in Betracht kommenden[1]) Texte BGU. 1038, $_{13-18}$ und 239, $_{10-14}$ beschädigt sind, so darf man doch auch hier behaupten, daß Angaben wie die oben gekennzeichneten weder in ihren Resten erhalten sind, noch durch Ergänzung in ihre Lücken hineingetragen werden können.[2]) Nun kann ja fraglich erscheinen, ob man das, was vereinzelte Urkunden erkennen lassen, verallgemeinern darf. Ich möchte auch eine andere Fassung der *ἔντευξις* und des *χρηματισμός* und eine frühere *παράδειξις* (namentlich bei hypallagmatischen Forderungen) nicht als

[1]) In Berl. 11664 entspricht der Beginn des *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* dem üblichen Schema: das für unsere Frage in Betracht kommende Stück ist noch nicht bekannt.

[2]) Daß in dem Beschlusse auf hypallagmatisch haftende Grundstücke oder auf deren Erwähnung in der *ἔντευξις* verwiesen war, ist natürlich möglich. In BGU. 1038, $_{18}$ könnte man sich nach dem von Mitteis ergänzten [*τελειωθῆναι* (oder was sonst dastand: vgl. S. 239, 3) beispielsweise folgende Fortsetzung vorstellen: *τὰ τῆς ἐνεχυρασίας* (vgl. Flor. 55, $_{21}$. 56, $_{10}$) *ἐκ τῶν ὑπηλλαγμένων αὐτῷ* (vgl. $_{24}$) *ἀρουρῶν καὶ οἰκιῶν* (vgl. $_{4}$). Man brauchte dabei gar nicht viele Abkürzungen, an denen der Text auch sonst keinen Mangel leidet, anzunehmen. Ich will aber mit jenen Worten nur eine Möglichkeit dessen, was etwa in der Lücke gestanden haben könnte, andeuten: als positiver Vorschlag zur Ergänzung sollen sie nicht gelten.

unbedingt ausgeschlossen bezeichnen[1]), aber es ist doch beachtenswert, daß in Übereinstimmung mit dem, was wir aus den erhaltenen Texten der Eingaben und Beschlüsse feststellen konnten, zwei andere Urkunden, die der *παράδειξις* gedenken, nämlich Lond. III 132f. Nr. 908 und Oxy. 712 erkennen lassen, daß dieser Nachweis erst erfolgte, nachdem der *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* ergangen war.[2])[3]) — Die vorstehenden Erörterungen zeigten, in welchen Stadien des Verfahrens sich noch keine Spuren der *παράδειξις* finden: ihnen gegenüber darf mit aller Bestimmtheit behauptet werden, daß die *παράδειξις* der *καταγραφή* vorangegangen sein muß. Das ergibt sich aus Flor. 56, $_{11}$ff.: denn der Gläubiger sagt ausdrücklich, daß er sich das Eigentum an den verpfändeten Aruren und dem ihnen zugeschlagenen Hausanteil nach der *παράδειξις* des letzteren (um so mehr der ersteren) habe zuschreiben lassen. Vor allem aber folgt es daraus, daß Lond. Nr. 1897 (Arch. f. Pap. VI 106f.) ein genaues, mit allen Einzelangaben versehenes Verzeichnis der dem Gläubiger zugeschriebenen Grundstücke mit An-

---

[1]) Vgl. die Bemerkung S. 315, $_3$.

[2]) Vgl. Lond. Nr. 908, $_{23}$f.: [*Ὀφειλ*]*ομένων μοι* —] — (*δραχμῶν* Betrag) *καθ' ἣν*] *παρεκομισάμην ἐνεχυρασίαν καὶ παρέδει*[*ξα τὰ ὑπάρχον*]*τα αὐτοῦ διακεί*[*μ*]*ενα κτλ.* Daß *ἐνεχυρασία* hier wie oft (S. 234, 7) den Pfändungsbeschluß der Chrematisten bedeutet, geht daraus hervor, daß der Gläubiger (ebenso wie in BGU. 970, $_{26}$) sagt, er habe die *ἐνεχυρασία* empfangen (nämlich vom Erzrichter). Eben wegen dieser Bedeutung von *ἐνεχυρασίαν* halte ich die von Mitteis zu Chrest. II 229, $_{23}$ hinter diesem Wort für möglich erachtete Einschiebung von ⟨*δι' ἧς*⟩ nicht für angebracht. Der Gläubiger würde damit sagen, daß er durch den Gerichtsbeschluß die Namhaftmachung der Grundstücke vollzogen habe. Sollte das bedeuten, daß er die *παράδειξις* vor den Chrematisten (in der *ἔντευξις* oder *ἐπὶ τῆς διαλογῆς*) vorgenommen hatte, so wäre damit ein Beleg für die oben als unerweislich, wenn auch nicht unmöglich hingestellte Ansicht gewonnen. Vorläufig aber meine ich, daß sie durch eine Textkonjektur nicht genügend gestützt ist.

[3]) In Oxy. 710, $_{10}$ (Chrest. II 231) beruft sich der Gläubiger auf den, damals also schon ergangenen *χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας* und bittet um die Beschlagnahme (*κατοχή*) bestimmter Grundstücke. Betreffs dieser wird dann in dem Schreiben der Praktoren, das die begehrte Beschlagnahme anordnet, auf die *παράδειξις* Bezug genommen (Z. $_2$). Daß sie nach der *ἐνεχυρασία* erfolgt war, ist, wenn auch keine notwendige, so doch eine wahrscheinliche Folgerung.

gabe des Schuldbetrages, der durch ihre Übereignung getilgt wird, aufweist. Haben wir auf diese Weise einen terminus ante quem gewonnen, so dürfen wir aber auch gleich hinzufügen, daß es aus den oben S. 316 angeführten Gründen als ausgeschlossen angesehen werden muß, daß die *παράδειξις* erst vor dem Agoranomen, oder wer sonst die Urkunde aufnahm, in Verbindung mit der *καταγραφή* vollzogen sein könnte. Wohl aber kann es als sicher gelten, daß die *παράδειξις*, wenigstens der Regel nach, zu den *ἐπὶ τῶν τόπων* vorzunehmenden Akten zählte. Dieser Abschnitt des Verfahrens aber gipfelte in der *προςβολή*. Wenn wir deren Wesen oben (S. 316) richtig als eine amtliche Zuweisung der Pfandgrundstücke an den Gläubiger zu nötigenfalls einseitigem rechtsgeschäftlichen Erwerb (*καταγραφή*) aufgefaßt haben, so mußten natürlich diese Grundstücke und ihr Deckungswert gegenüber der Forderung feststehen, ehe sie erging. Die *προςβολή* setzt also die *παράδειξις* voraus. Trotz des nahen Zusammenhanges, in dem beide Akte standen, ist es aber nicht notwendig anzunehmen, daß die *παράδειξις* gerade vor den *ξενικῶν πράκτορες* erfolgte. Es bleibt die Möglichkeit offen, daß die Namhaftmachung und Abschätzung der Grundstücke seitens des Gläubigers (oder Schuldners?), gleichviel ob sie, wie im folgenden angenommen wird, in einer schriftlichen Eingabe erfolgte oder in einer mündlichen Erklärung bestand, an den Strategen gerichtet war und daß von diesem die nötigen Ermittelungen und Feststellungen vorgenommen und dann den Praktoren mitgeteilt wurden. Auch ein Zusammenwirken von Strategen und Praktoren und Anrufen beider Behörden ist nicht ausgeschlossen.

Über die Form der *παράδειξις* ist nichts überliefert. Wir werden aber wohl nicht fehlgehen, wenn wir annehmen, daß sie die gleiche war wie die der übrigen vom Gläubiger ausgehenden Akte im Vollstreckungsverfahren, also die einer Eingabe[1]) an die zuständige Behörde mit nachfolgender

[1]) Diese Eingabe mußte die in Anspruch genommenen Grundstücke in der oben S. 318 geschilderten Weise enthalten. Freilich könnte man die Frage aufwerfen, die auch bei den obigen Erörterungen über eine *παράδειξις* in der *ἔντευξις* schon in Betracht gezogen wurde, ob die

Zustellung an den Schuldner, der dann — so müßte weiter geschlossen werden — nötigenfalls seine Rechte durch einen Widerspruch (*ἀντίρρησις*) in der üblichen Form wahren konnte. Diese Aufstellungen sind keineswegs bloße Vermutungen. Einmal scheint Oxy. 712, $_{2}$ die Erklärung zu fordern, daß die dort erwähnte *παράδειξις* in einem Schriftsatze bestand.[1]) Vor allem aber meine ich, daß wir in Lond. III 132f. Nr. 908 einen Widerspruch gegen eine *παράδειξις* vor uns haben. Die Rechtslage in dieser Urkunde[2]) muß man sich folgendermaßen vorstellen. Die Gläubigerin hatte den gerichtlichen Pfändungsbeschluß ($_{23}$ *ἐνεχυρασίαν*) erwirkt und darauf bei der *παράδειξις* bestimmte Grundstücke für ihre Befriedigung in Anspruch genommen. Diese waren, wie sie ausführt, zwar bei der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* auf den Namen der Frau gebucht, gehörten aber in Wahrheit dem Schuldner[3]), die Übertragung auf die Frau sei in beiderseitigem Einverständnis erfolgt ($_{25}$ *συνεργῶν*), um die Grundstücke der Vollstreckung zu entziehen. Mit andern Worten: die Gläubigerin will die Übereignung an die Frau als simuliert nicht gelten lassen[4]), sie behandelt deshalb die Grundstücke als Eigentum ihres Schuldners.

Nachweise, die das Wesen der *παράδειξις* ausmachten, notwendig in einem selbständigen Schriftsatz enthalten sein mußten, ob sie nicht vielmehr in einer andern Eingabe (z. B. in dem Gesuch um *προσβολή*) eingeschlossen sein konnten. Eine sichere Antwort läßt sich nicht geben, doch glaube ich, daß das, was im folgenden über Oxy. 712; Lond. III 132f. und Lips. 120 ausgeführt ist, eher für als gegen einen selbständigen Schriftsatz spricht.

[1]) Die erhaltenen Worte lauten:]*ομως παραδείξεως, ὑφ' ἣν ἐστιν ε . [. .* Wenn das Relativum *ἣν*, wie es doch notwendig scheint, auf das unmittelbar vorhergehende Substantivum *παραδείξεως* bezogen werden muß, so können die Worte kaum einen andern Sinn haben, als daß unter der *παράδειξις* irgend etwas geschrieben stand, daß ihr also z. B. ein anderer Schriftsatz angehängt war oder daß eine amtliche Erledigung (*ὑπογραφή*) darunter stand.

[2]) Vgl. zu ihrer Erklärung Schwarz, Hypothek und Hypallagma 83; Mitteis, Chrest. S. 251.

[3]) Auf *αὐτοῦ* in Z. $_{24}$ liegt der Nachdruck.

[4]) Der Versuch, durch derartige Scheinveräußerungen den Gläubigern Exekutionsobjekte zu entziehen, ist auch dem heutigen Praktiker bekannt genug.

Dagegen wenden sich nun der Schuldner ($_{31}$f.) und seine Frau ($_{32}$f.)[1] durch eine Eingabe, die, wenn auch der Name nicht gebraucht wird, doch offenbar als eine in der üblichen Form erhobene und zugestellte *ἀντίρρησις* angesehen werden muß.[2] Daß diese aber nicht gegen den Pfändungsbeschluß (*χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας*) als solchen, sondern vor allem und vielleicht allein gegen die *παράδειξις* gerichtet war, zeigt die Urkunde deutlich. Die Gläubigerin sagt ausdrücklich, der Schuldner habe ihr das (den Widerspruch enthaltende) *ὑπόμνημα* zugestellt, nachdem sie selbst die *ἐνεχυρασία* erwirkt und die *παράδειξις* vorgenommen hatte. Berücksichtigt man nun, daß in den uns bekannten Gerichtsbeschlüssen der Chrematisten die Grundstücke gar nicht angegeben waren, sondern nur im allgemeinen die Vollziehung der Pfändung angeordnet wurde (S. 314f.) und daß im vorliegenden Falle betont wird, die Gläubigerin habe bei der *παράδειξις* die Grundstücke als Eigentum des Schuldners in Anspruch genommen (Z. $_{23}$f.), so ist klar, daß sich dessen Widerspruch gegen diesen Akt gerichtet haben muß.[3]

Wenn wir die *παράδειξις* mit Recht als eine Eingabe des Gläubigers (oder Schuldners?) an eine der Ortsbehörden (oder beide?) aufgefaßt haben, so liegt die Frage nahe, ob uns nicht ein derartiges Schriftstück erhalten ist. In Betracht kommen könnte zunächst Lips. 120 (Chrest. II 230). Die Eingabe scheint an den Strategen gerichtet zu sein, der sie — wohl mit einem Vermerk über ihre Erledigung versehen — den Praktoren in Abschrift mitteilte.[4] Ihr

---

[1]) Vgl. betreffs der Frau Mitteis, Chrest. S. 251 'Vollstreckungshauptintervention'.

[2]) Der Charakter der Eingabe als *ἀντίρρησις* wird in der Literatur (S. 325, 2) allgemein anerkannt.

[3]) Dieser Punkt steht m. E. fest, auch wenn der Schuldner oder seine Frau in ihrem *ὑπόμνημα* noch andere Beschwerden vorgebracht oder vielleicht auch die Forderung selbst bestritten haben sollten. Die Urkunde läßt nichts darüber erkennen. Denn aus den Worten, mit denen die Gläubigerin die Eingabe ihres Gegners kennzeichnet ($_{28}$f.), *τὰ ἑαυτῶι ἀρέσκον[τ]α κενῶς καὶ [ἀ]νωφελῶς δηλώσας*, läßt sich nichts Bestimmtes über deren Inhalt entnehmen.

[4]) So Mitteis, Chrest. S. 253, dessen Gründe mir überzeugend erscheinen. Zustellung an den Schuldner ist zu vermuten.

Urheber, der Gläubiger, hat, wie er angibt, einen gerichtlichen Pfändungsbeschluß erwirkt ($_3$f. $_9$) und ihn dem Schuldner zustellen lassen ($_9$f.). Nachdem (innerhalb der dafür vorgeschriebenen Frist) weder Zahlung noch Widerspruch erfolgt ist, erklärt er nunmehr ($_{12}$): 'ich pfände' (*ἐνεχυράζω*). Soweit ist alles in Ordnung. Daß der Strateg als Adressat erscheint, würde, wie oben (S. 324) dargelegt, der Ansicht, daß wir eine *παράδειξις* vor uns haben, nicht entgegenstehen. Und die Erklärung '*ἐνεχυράζω*' wäre ein durchaus zutreffender Ausdruck, wenn ihr die Namhaftmachung der Grundstücke, die der Gläubiger zu seiner Befriedigung in Anspruch nahm, gefolgt wäre. Leider läßt aber an diesem entscheidenden Punkte die Zerstörung der Urkunde keinen sicheren Schluß mehr zu. Ausgeschlossen ist eine Auslegung im angedeuteten Sinne nicht, aber es zwingt auch nichts, sie anzunehmen. Gerade die letzten lesbaren Worte ($_{13}$) *ἐπὶ ὁ πρά(κτωρ) τὰ ὑπάρχοντα πάντα Ἁρπάλ(ου)* machen Schwierigkeiten. Sie legen den Gedanken nahe, daß bereits eine das ganze Vermögen des Schuldners treffende Vollstreckungshandlung vorgenommen war. Ob diese wegen der gegenwärtigen Forderung, ob sie überhaupt wegen einer Forderung des jetzigen Gläubigers stattgefunden hatte, ob die neue Pfändung etwa eine Anschlußpfändung[1]) war und ebenfalls das ganze Vermögen oder nur einzelne Gegenstände (Grundstücke?) ergriff, alles das bleibt im dunkeln.

Über die Bedeutung der Eingabe in Oxy. 712 s. unten S. 334f.

4. Zur Auslegung von BGU. 1132.

In den vorhergehenden Erörterungen ist Abstand genommen von der Heranziehung der wichtigen, aus Alexandrien stammenden, unter Augustus' Regierung abgefaßten Urkunde BGU. 1132[2]), die verschiedene der hier behandelten

[1]) Vgl. Oxy. 653 (Chrest. II 90, $_4$ff.).

[2]) Vgl. zu dieser Urkunde vor allem Schwarz, Hypothek und Hypallagma 106ff.; ferner Partsch, Arch. f. Pap. V 517; Raape, Verfall des griech. Pfandes 126. Der in Preisigkes Berichtigungsliste S. 98 veröffentlichte Zusatz zu BGU. 1132 ist oben S. 311 behandelt: er bleibt hier außer Betracht.

Fragen berührt[1]), deren Benutzung aber voraussetzt, daß die verwickelten, in ihr bekundeten Rechtsverhältnisse klargelegt und in den richtigen Zusammenhang gebracht werden. Es schien mir deshalb angemessen, die Urkunde, soweit sie das Vollstreckungsverfahren betrifft, hier gesondert zu behandeln. Ich hoffe, daß dabei manche der bisher vorgetragenen Auffassungen und Erklärungen schärferes Licht empfangen werden.

Zwei Parteien treffen ein Abkommen über die zwischen ihnen bestehenden rechtlichen Beziehungen. Der Schluß der Urkunde, der die neue Vereinbarung enthielt, ist verloren, die Darstellung der vorausgehenden Rechtsverhältnisse zum größten Teil erhalten. Diese nehmen ihren Ausgang von einem durch das Mnemoneion (in Alexandrien) verbrieften Darlehn des Ammonios an Theodoros im Betrage von 500 Drachmen ($_{6}$). Sie beruhen weiter auf vier durch das Kriterion (in Alexandrien) aufgenommenen *συγχωρήσεις* (I—IV), über die in der vorliegenden Urkunde Bericht erstattet wird (über I in $_{6-24}$, über II in $_{24-30}$, über III in $_{30-37}$, über IV in $_{37}$ff.). In der ersten Synchoresis (I) werden wiederum vier zwischen den Parteien geschlossene Rechtsgeschäfte (A—D) aufgezählt (A in $_{8-16}$, B in $_{16-19}$, C in $_{20-22}$, D in $_{22-24}$), welche wahrscheinlich in der Reihen-

---

[1]) Daß die Urkunde hierher gehört, kann keinem Zweifel unterliegen. Zwar fehlt es, worauf schon Schwarz (S. 107) hingewiesen hat, an einem Beweis, daß der in ihr erwähnten *προςβολή* eine *ἐνεχυρασία* vorangegangen ist und daß es sich um Vollstreckung einer Exekutivurkunde handelt. Berücksichtigt man aber, daß hier in einer *συγχώρησις* über andere *συγχωρήσεις* und in diesen wieder über frühere Rechtsakte berichtet wird, so kann es nicht wundernehmen, daß diese letzteren nicht in allen Einzelheiten dargestellt, sondern nur mit kurzen Schlagworten gekennzeichnet sind. Und was die Exekutivurkunde anlangt, so kann man zum mindesten behaupten, daß sie die Wahrscheinlichkeit für sich hat. Denn da einerseits die *μνημονική συγγραφή* ($_{7}$) und die *διαγραφή* ($_{8}$), durch welche das zugrundeliegende Darlehn zustande gekommen war, und weiter die *προςβολή* ($_{8}$), durch welche der Gläubiger die Vollstreckung betrieb, aufgezählt werden, wäre es doch, wenn ein Urteil die Grundlage der Vollstreckung gebildet hätte, kaum zu verstehen, daß es nicht genannt wäre. Außerdem fehlt es bisher am Beweise dafür, daß auch bei Urteilsvollstreckung eine *προςβολή* stattfand: selbstverständlich ist das keineswegs.

folge, in der ihr Inhalt hier wiedergegeben ist, nacheinander abgeschlossen waren. Wir werden aber guttun, sie nicht ihrer Entstehungszeit nach, sondern so wie sie inhaltlich zusammenhängen zu betrachten: beides trifft nicht immer zusammen.

An erster Stelle (I A [$_{8-16}$]) wird berichtet, daß der Gläubiger Ammonios sich zur Tilgung[1]) des genannten Darlehns von 500 Drachmen nebst Zinsen durch die Praktoren ($_8$) bestimmte Grundstücke ($_9$ff.) des Schuldners, und zwar Ödland ($_{11}$ *γῆν χέρσον*) habe zuschlagen lassen ($_8$ *προςβεβλῆσθαι*), an dritter (I C [$_{20-22}$]), daß er 200 Drachmen als Abzahlung vom Schuldner empfangen habe. Die zweite Synchoresis (II [$_{24-30}$]) stellt, nachdem sie eine Übersicht über die bisher zwischen beiden Teilen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (I A—D) gegeben hat[2]), als deren Ergebnis fest, daß Theodoros dem Ammonios noch 300 Drachmen schuldet ($_{26}$f.): *καὶ λοιπῶν οὐσῶν ἐν τῶι Θεοδώρωι ἀπὸ τῶν τοῦ ἀργυ(ρίου) (δραχμῶν) φ δραχ(μῶν) τ.*[3]) Von der vorerwähnten[4]) *προςβολή* (I A [$_{8-16}$]) ist überhaupt nicht mehr die Rede. Man nimmt nun mit Recht an[5]), daß sie durch die Zahlung der 200 Drachmen ($_{21}$) aufgehoben sei und schließt daraus, daß der Wert der von ihr ergriffenen Grundstücke ($_{9-16}$) auf diesen Betrag beziffert wurde.[6]) Dadurch erhält die

---

[1]) *Πρὸς ἃς ἐδάνεισεν — (δραχμὰς) φ — προςβεβλῆσθαι — γῆν χέρσον* ist genau so aufzufassen wie z. B. Flor. 56, $_{11}$: *καταγέγραμμαι — [ἀρούρας —] — πρὸς — τὰς ὀφειλομένας μοι* (Betrag); Lond. 1897 (S. 307): *κατεγράφη — Ἰσίδωρος — ἀρούρας — πρὸς τὰς ὀφιλομένας αὐτῷ — δραχμὰς —*; Oxy. 712, $_{19}$ff.: [*κατασχεῖν —*] — *οἰκίαν* — [*πρὸς — τὰς ὀφιλομένας μοι — δραχμὰς*] —.

[2]) Z. $_{25}$: *σημαίνεται τὰ προκείμ(ενα)*.

[3]) Der weitere Inhalt der zweiten Synchoresis, sowie der der dritten und vierten (Z. $_{30}$ff.), bieten, soweit ihr Inhalt erkennbar ist, nichts, was für das Vollstreckungsverfahren in Betracht käme und bleiben deshalb hier unberücksichtigt.

[4]) Von der zweiten in I B $_{16-19}$ genannten *προςβολή* und der zweiten in I D $_{22-24}$ erwähnten Zahlung unbestimmten Betrages sehe ich vorläufig ab. S. darüber S. 330f., 332f.

[5]) Schwarz 110f. und, wenn ich recht verstehe, auch Partsch, Arch. f. Pap. V 517.

[6]) Freilich rechtfertigen die angeführten Tatsachen nicht ohne weiteres den daraus hergeleiteten Schluß. Denn wenn für eine Forde-

oben (S. 319) vertretene Meinung, daß die gepfändeten Grundstücke dem Gläubiger zu ihrem Schätzungswerte zugeschlagen wurden, eine wichtige Stütze. Und ferner bestätigt die Stelle unsere Ansicht, daß die *προςβολή* dem Gläubiger noch kein Eigentum an der Sache gab (S. 316): wie ein Pfandrecht kann der Schuldner sie durch seine Zahlung ablösen.[1])

Von besonderer Bedeutung für die Erkenntnis des Wesens der *προςβολή* ist der in der ersten Synchoresis an zweiter Stelle erwähnte Rechtsvorgang (I B [$_{16-19}$]), über den folgendermaßen berichtet wird: *καὶ παρακεχωρῆσθαι τὸν αὐτὸν Ἀμμώνιον παρὰ τοῦ Θεοδώρου διὰ τῶν πρακτόρων προςβολὴν τῶν πρότερον Ἀριστίου ἐποικίου καὶ — ἐργαστηρίων καὶ ψιλῶν τόπων καὶ οἰκοπέδων.* Es ist ausgeschlossen[2]), daß hier dieselbe *προςβολή* wie bei dem ersten Rechtsgeschäft (I A [$_{8-16}$]) gemeint sein könnte. Beide haben, wie es scheint, nichts miteinander gemein: jedenfalls beziehen sie sich auf ganz verschiedene Grundstücke.[3]) Vor allem aber geht es

rung von 500 Grundstücke im Werte von 200 gepfändet und für verfallen erklärt wurden, so folgt daraus, daß nachher eine Abschlagszahlung von 200 geleistet wurde, noch nicht von selbst, daß nun jene Grundstücke von der Haftung frei waren: es bedurfte vielmehr einer Feststellung, daß durch die Teilzahlung die *προςβολή* abgelöst sein sollte. Aber wir dürfen wohl annehmen, daß eine solche auch tatsächlich in der ersten Synchoresis (I $_{6-24}$) enthalten war und daß diese Angabe nur in unserer summarischen Übersicht weggelassen ist, bei der man sich damit begnügte, das Endergebnis einer Restschuld von 300 ohne *προςβολή* zu verzeichnen. (Die von manchen Forschern angenommene Teilhaftung des griechischen Pfandes bei Abschlagszahlungen, die in unserem Falle dazu führen müßte, daß die von der *προςβολή* betroffenen Grundstücke zu zwei Fünfteln ihres Wertes haftfrei wurden, kommt hier, da sie ganz frei werden, nicht in Frage. Vgl. darüber Gradenwitz, Einführung XIV Anm. und Arch. f. Pap. II 100 Anm.; Weiß, Pfandr. Unters. I 23f.; Eger, Grundbuch 45; Mitteis, Grundz. 157; Raape, Verfall des Pfandes 100; Partsch, Arch. f. Pap. V 508.)

[1]) Wegen der abweichenden Meinung von Schwarz vgl. S. 331,$_4$.

[2]) Die folgenden Ausführungen kommen zum mindesten im Hauptpunkte, nämlich in der Erklärung der *παραχώρησις* zu einem andern Ergebnis als die von Schwarz (107ff.). Da ich aber zweifelhaft bin, ob ich die Ausführungen dieses Forschers in allen Einzelheiten richtig verstanden habe, vermeide ich die Auseinandersetzung mit ihnen und gebe kurz meine Auffassung.

[3]) Die Grundstücke liegen allerdings in beiden Fällen in der *Ἀλε-*

nicht an, die hier ($_{16}$) erwähnte *παραχώρησις* auf eine Linie mit der *καταγραφή* des Vollstreckungsverfahrens (Flor. 55. 56; Lond. Nr. 1897; oben S. 303 ff.)[1]) zu stellen und sie als Abtretung (Zuschreibung) des Eigentums zu verstehen.[2]) Der mitgeteilte Text läßt nur eine Auslegung zu: *προςβολήν* muß das Objekt zu *παρακεχωρῆσθαι* sein und die Genitive *ἐποικίου* usw. müssen von *προςβολήν* abhängen.[3]) Demnach muß man sich das Rechtsverhältnis so vorstellen: Theodoros hatte eine *προςβολή* an den Grundstücken der Aristion, wohl seiner Schuldnerin, erwirkt: diese *προςβολή* tritt er nun dem Ammonios ab. Das kann nichts anderes bedeuten, als daß er das ihm aus der *προςβολή* zustehende Recht auf die *καταγραφή* an seinen Gläubiger überträgt. Diese, wie mir scheint, unabweisliche Auslegung[4]) von BGU. 1132, $_{16-19}$ bestätigt wieder die oben (S. 316) vertretene Auffassung, daß die *προςβολή* dem Gläubiger kein Eigentum, wohl aber das ausschließliche Recht auf (rechtsgeschäftlichen) Eigentumserwerb zur Deckung seiner Forderung

---

ξανδρέων χώρα (vgl. dazu Dikaiomata 69 f.), aber im ersteren ist *γῆ χέρσος* (vgl. Rostowzew, Kolonat 3; Wilcken, Grundz. 273) in der Feldmark (*περί*) des Syrerdorfes, im zweiten sind ein *ἐποίκιον ἐργαστήρια, ψιλοὶ τόποι* und *οἰκόπεδα* im (*ἐν*) Syrerdorf genannt.

[1]) Wäre das der Fall, so müßte man eine zweiseitige, anders als Lond. 1897, unter Mitwirkung des Schuldners zustande gekommene *καταγραφή* annehmen (vgl. S. 308, $_2$): die Worte *παρακεχωγῆσθαι* — . *Ἀμμώνιον παρὰ* — *Θεοδώρου* würden diese Auslegung fordern.

[2]) Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, daß *παραχώρησις* überhaupt nicht in diesem Sinne gebraucht werden könnte: daß das Wort jede Abtretung, sowohl die des Eigentums wie die eines anderen Rechtes bedeuten kann, bedarf keines Beleges. Vgl. auch S. 305 f.

[3]) Es nützt auch nichts, wenn man die von Schwarz (108, $_1$) aufgeworfene Frage, ob nicht etwa *παρακεχωρῆσθαι* ⟨*κατὰ τὴν*⟩ *διὰ τῶν πρακτόρων προςβολήν* zu vermuten sei, bejahen wollte. Dann hätten wir allerdings eine gemäß der *προςβολή* vorgenommene *παραχώρησις*, aber die Gegenstände des *παρακεχωρῆσθαι* müßten auch dann notwendig im Akkusativ genannt sein. Wir lesen aber nicht nur in Z. $_{18}$ *ἐποικίου*, sondern haben auch in Z. $_{19}$ Genitive (*ἐγραστηρίων* usw.), die aus ursprünglichen Akkusativen hergestellt sind: hier eine reformatio in peius anzunehmen, wäre Willkür.

[4]) Von der hier vorgetragenen Auffassung aus erledigt sich insbesondere auch, wie ich glaube, die Meinung von Schwarz (111), daß durch die *προςβολή* der Gläubiger ein auflösend bedingtes Eigentumsrecht erlangt habe.

gab.[1]) Dabei erhebt sich aber eine naheliegende Frage. Die προςβολή war eine amtliche Verfügung: konnte sie oder konnte das durch sie dem Gläubiger zugesprochene Recht durch privates Rechtsgeschäft an einen andern abgetreten werden? Auch für die Beantwortung dieser Frage weist unser Text den rechten Weg. Denn die Worte *παρακεχωρῆσθαι — Ἀμμώνιον παρὰ — Θεοδώρου διὰ τῶν πρακτόρων προςβολὴν — ἐποικίου κτλ.* besagen, daß Ammonios sich die προςβολή der betreffenden Grundstücke von Theodoros (dem das Recht bisher zustand) 'durch die Praktoren' überweisen ließ.[2]) Diese Beamten mußten also den 'Zuschlag' vom Zedenten auf den Erwerber übertragen, d. h. das Grundstück nunmehr dem letzteren für verfallen erklären.

Über den letzten Akt in der ersten Synchoresis wird folgendes berichtet (I D [$_{22-24}$]): *ἔτι δὲ εἰληφέναι — εἰς τὸν*

[1]) Man darf sich nicht dadurch täuschen lassen, daß die Ausdrucksweise der Quellen nicht immer den strengsten juristischen Anforderungen gerecht wird. Wenn z. B. in der hier besprochenen Stelle gesagt wird, Theodoros habe dem Ammonios die προςβολή an den Grundstücken abgetreten, die 'früher' (πρότερον) der Aristion gehörten, so ist das insofern ungenau, als ihr erst die καταγραφή das Eigentum entziehen würde. Aber großes Gewicht wird man nicht darauf legen dürfen, daß die dem Theodoros für verfallen erklärten Grundstücke als nicht mehr im Vermögen der Schuldnerin stehend bezeichnet werden. Wäre Th. durch die προςβολή schon Eigentümer geworden, warum ließ sich dann sein Gläubiger A. nicht die Grundstücke selbst zuschlagen? — Vollends wird man es als ungeschickten Ausdruck bezeichnen dürfen, wenn in dem oben (S. 311) behandelten Zusatz zu unserer Urkunde (Preisigke, Berichtigungsliste S. 98) von einer *βεβαίωσις τ(ῆ)ς προκ(ειμένης) προςβο(λῆς)*, also Gewährschaft 'für den Zuschlag' des Grundstückes, statt 'für das auf Grund des Zuschlages erworbene Eigentum' gesprochen wird.

[2]) Man darf die Worte *διὰ τῶν πρακτόρων* nur mit *παρακεχωρῆσθαι*, nicht mit *προςβολὴν* verbinden. Hätte gesagt sein sollen 'Ammonios hat sich von Theodoros die diesem durch die Praktoren zuteil gewordene προςβολή abtreten lassen', so wäre der zutreffende Ausdruck gewesen *παρακεχωρῆσθαι τὴν διὰ τῶν πρακτόρων προςβολήν*. Auch kam es für die Darlegung der Rechte des Ammonios viel mehr darauf an, hervorzuheben, wie er selbst, als wie sein Vorgänger sie erworben hatte. — Übrigens mag auch auf den *χρηματισμός*, durch den die Praktoren den Notar zur Aufnahme der *καταγραφή* zugunsten des Gläubigers ermächtigten (S. 309 f. 317), hingewiesen werden: auch er konnte gewiß nur durch seine Urheber abgeändert werden.

τῆς προςβολῆς λόγο(ν) ὧν παρεχώρησεν αὐτῶι τῶν Ἀριστίου ἀργυ(ρίου) (δραχμάς). . . Durch die Erwähnung der παραχώρησις und der Aristion erhält die Zahlung, von der hier die Rede ist, ihre feste Beziehung zu der vorerwähnten, in der Urkunde an zweiter Stelle (I B [$_{16-19}$]) genannten προςβολή, also derjenigen, die Theodoros an den Grundstücken der Aristion erwirkt und dem Ammonios abgetreten hatte. 'Auf Rechnung' dieser προςβολή hat der Gläubiger und Zessionar Ammonios nun eine Abschlagszahlung erhalten. Das setzt eine bestimmte Wertgrenze voraus und bestätigt ebenfalls den oben (S. 319) entwickelten Grundsatz, daß durch die παράδειξις ein bestimmter Schätzungswert des Pfandes ermittelt wurde, zu dem es dem Gläubiger bei der προςβολή zugeschlagen wurde.[1] Des weiteren ist zu bemerken, daß Ammonios das Recht zur καταγραφή, das ihm nach unserer Auffassung durch die Abtretung der προςβολή zustand, bisher nicht ausgeübt hatte: vielleicht hatte diese Abtretung fiduziarischen Charakter. Auffallend ist, daß die hier erwähnte Zahlung, deren Betrag wir nicht kennen, von der zugrundeliegenden Forderung der 500 Drachmen nicht abgerechnet wird. Denn die zweite Synchoresis ($_{24-30}$) beginnt damit, daß sie ein Saldo von 300 Drachmen feststellt ($_{26}$f. $_{34}$f.): sie hat also nur die erste Zahlung von 200 Drachmen ($_{21}$) in Ansatz gebracht. Wie das zu erklären ist, geht aus unserer Urkunde nicht hervor: für die hier behandelten Fragen ist es ohne Belang.

β. κατοχή und ἀπογραφή.

Wenn die καταγραφή das Eigentum durch einen rechtsgeschäftlichen Akt auf den Gläubiger übertrug, so ist zu vermuten, daß auch eine Verbuchung dieser Rechtsänderung bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων stattfand und daß diese durch ἀπογραφή des Gläubigers als neuen Eigentümers herbeigeführt wurde. Es fragt sich, ob diese Annahme in den Quellen einen Anhalt findet.

---

[1]) Diese Abschätzung müßte bei unserer Auffassung der Sachlage die Grundstücke der Aristion betroffen haben und schon erfolgt sein, als Theodoros die προςβολή an ihnen betrieb.

Zunächst kann man auf die κατοχή[1]) hinweisen, die in Oxy. 712 (Chrest. II 231)[2]) behandelt wird. Der Gläubiger, der einen χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας erwirkt ($_{10}$) und, wie es scheint, auch die παράδειξις schon vorgenommen hatte[3]), dagegen noch keine προςβολή erlangt hatte[4]), wendet

[1]) Vgl. darüber Lewald, Grundbuch 67ff.; Eger, Grundbuch 61ff.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 97.

[2]) Vgl. zu der Urkunde außer den Bemerkungen der Herausgeber und von Mitteis (Chrest. S. 254f.) Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 37; Lewald, Grundbuch 67. 70; Eger, Grundbuch 62; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 85f., $_2$. 95ff.; Raape, Verfall des Pfandes 121.

[3]) Nach Oxy. 712 muß die παράδειξις entweder der hier mitgeteilten Eingabe ($_8$ff.) vorangehen oder in ihr enthalten sein (vgl. S. 324 f., $_1$). Letzteres wäre der Fall, wenn man in den Angaben von Z. $_{20}$f. den Nachweis des Grundstückes und seines Deckungswertes für die Forderung erblicken könnte: der Abschätzung mochte dadurch Genüge geschehen sein, daß der Gläubiger das Grundstück als Entgelt für seine Forderung in Anspruch nahm. Daß eine solche Erklärung unmöglich ist, wird man nicht behaupten können. Auch die Ausdrucksweise in Z. $_2$ παραδείξεως ὑφ' ἥν ἐστιν läßt sich ebensowohl erklären, wenn man sie auf das gegenwärtig zur Erledigung vorliegende Gesuch bezieht, als wenn man ein vorhergehendes Schriftstück darunter versteht (vgl. dazu S. 325, $_1$). Wenig aber paßt zu der Annahme, daß die in der Urkunde enthaltene Eingabe eine παράδειξις darstellte, deren Antrag ($_{19}$) und die darauf ergehende Anordnung ($_3$): denn das κατέχειν πρὸς ἐνεχυρασίαν läßt die Feststellung des von der Pfändung betroffenen Grundstückes und seines Wertes, die doch die Hauptsache für die παράδειξις sein mußte, ganz zurücktreten. Noch weniger würde jene Auffassung zutreffen, wenn wir oben mit Recht angenommen haben, daß die παράδειξις eine genaue Beschreibung der Grundstücke wie bei freiwilligen Veräußerungen voraussetzte. Und vollends müßte man annehmen, daß die παράδειξις der Eingabe von Oxy. 712 vorangegangen wäre, wenn in Z. $_3$f. von einem παραδεικνύναι des Schuldners die Rede war, was freilich recht zweifelhaft ist: vgl. S. 321.

[4]) In den erhaltenen Teilen von Oxy. 712 ist die προςβολή nicht erwähnt, und dem Versuche, sie durch Ergänzung in die Lücken hineinzutragen, würde, abgesehen von grammatischen Schwierigkeiten, auch der Umstand entgegenstehen, daß der Gläubiger den Ablauf einer Frist betont ($_{18}$), offenbar derjenigen, die zwischen dem gerichtlichen Pfändungsbeschluß und seiner Durchführung liegen mußte (vgl. dazu Jörs, Z. Sav. St. XXXIV 154, $_1$). Das wäre den Praktoren gegenüber kaum angebracht gewesen, wenn diese dem χρηματισμὸς ἐνεχυρασίας schon durch ihre προςβολή Erfolg gegeben hatten. Selbstverständlich soll damit kein absolutes Urteil ausgesprochen sein, sondern nur die größere Wahrscheinlichkeit gegenüber unserer Urkunde abgewogen werden. Nebenbei: In Z. $_{18}$ könnte vielleicht ergänzt werden: καὶ διελ]θόντο[ς] πλείονος χρόνου

sich mit einer Eingabe ($_{8}$ff.) an die *ξενικῶν πράκτορες* und bittet sie um 'Beschlagnahme' des Grundstückes ($_{19}$). Die Praktoren geben dem Gesuch dadurch Folge, daß sie an die *βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων* die Aufforderung erließen ($_{3}$): *κατάσχετε οὖν πρὸς ἐνεχυρασίαν.* Darunter kann, da der Beschluß der Chrematisten, die Pfändung einzuleiten, bereits ergangen war, nur eine Beschlagnahme zum Zwecke der Durchführung dieser Pfändung, also eine solche, die den bevorstehenden Eigentumserwerb des Gläubigers sichern sollte, gemeint sein. Nun ist aber nicht abzusehen, inwiefern die Mitwirkung der *βιβλιοφύλακες* eine Voraussetzung für die *προσβολή*, durch die das Pfand dem Gläubiger für verfallen erklärt wurde, oder die *καταγραφή*, durch welche er das Eigentum daran erwarb, gewesen sein sollte, so daß diese Akte ohne sie nicht hätten vonstatten gehen können. Dagegen bleiben wir ganz im Rahmen dessen, was sonst über die Eintragungen bei der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* bekannt ist, wenn wir uns vorstellen, daß der Gläubiger durch die *κατοχή* dagegen gesichert werden sollte, daß bis zu seiner *ἀπογραφή* im *διάστρωμα* Eintragungen erfolgten, welche seine Rechtslage benachteiligen konnten. Auch der Vorbehalt, durch den das Vorrecht des Fiskus gewahrt wird ($_{6}$), weist ganz in diese Richtung.

Alles das vermöchte aber nur eine Vorbereitung der *ἀπογραφή* zu erweisen. Wir müssen weiter fragen, ob sich nicht Spuren in den Quellen darlegen lassen, welche unmittelbar auf diese *ἀπογραφή* des zum Eigentümer gewordenen Gläubigers hindeuten.

Zunächst kommt Flor. 97, $_{2-9}$ in Betracht.[1]) Neuere Forscher haben in dieser Urkunde, von der nur ein schmaler, an beiden Seiten abgebrochener Streifen erhalten ist, ein Blatt aus einem *διάστρωμα* der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* erkannt und die angeführten Zeilen auf eine mit dem Vollstreckungsverfahren in Zusammenhang stehende Eintragung

---

ἀντὶ τῶν διὰ τοῦ προστά[γματος — Zahl — *ἡμερῶν*. (Daß das Vollstreckungsverfahren in vielen Einzelheiten durch *προστάγματα* geregelt war, zeigen die Quellen: BGU. 1038, $_{18. 25}$; Flor. 56, $_{10. 18}$; BGU. 578, $_{1}$).

[1]) Vgl. zu dieser Urkunde Eger, Grundbuch 58f. 142. 162ff.; Lewald, Grundbuch 18f.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 97.

bezogen. Insbesondere haben Eger und Schwarz aus den Worten ($_3$) *καὶ ὑποδόχ(ειον) ὅ φησιν ἐνκατεσχῆσθα[ι] ὑπ' αὐτο[ῦ* geschlossen, daß hier die Verbuchung einer *κατοχή* vorliege, wie sie in Oxy. 712 nachgesucht und zugelassen wird. Der Zusammenhang mit dieser *κατοχή* soll nicht in Abrede gestellt werden, doch muß darauf hingewiesen werden, daß hier die Beschlagnahme als eine in der Vergangenheit erfolgte Handlung und daß sie als die Aussage einer Partei, wahrscheinlich des Gläubigers, hingestellt wird. Das läßt sich, wenn es auch nicht unmöglich ist, doch nur schwer mit der Annahme vereinigen, daß das vorliegende Stück gerade die Buchung der *κατοχή* im *διάστρωμα* vorstelle. Vielmehr kennzeichnet es sich ($_2$), wie überhaupt die Eintragungen von Flor. 97, als Bericht über eine *ἀπογραφή*, und daß die *κατοχή* durch eine solche der *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* angemeldet wurde, ist nach Oxy. 712 entschieden nicht anzunehmen. Diese Schwierigkeiten verschwinden oder verringern sich wenigstens erheblich, wenn wir uns vorstellen, der Gläubiger habe unter Berufung auf eine früher erfolgte *κατοχή*, nachdem er nunmehr (durch *καταγραφή*) das Eigentum an den Grundstücken erworben hatte, eine *ἀπογραφή* eingereicht, deren Eintragung hier vorliegt.[1]) Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als ob damit auch Z. $_7$ im Einklang stände. Die dort erhaltenen Worte *ἀκολούθως τῷ ἐπισταλ(έντι) ἡμ̣ῖ̣ν̣ ὑπὸ Εὐδώρ[ου*?, wozu schon Eger *χρηματισμῷ* ergänzt hat, erinnern auffallend an Lond. Nr. 1897, $_9$f.: *κατὰ τὸν ἐπισταλέντα ὑπὸ αὐτῶν χρηματισμόν*. Man möchte geneigt sein, sie hier wie dort auf die Anweisung der Praktoren an die Urkundsbehörde, durch welche diese zur Aufnahme der *καταγραφή* ermächtigt wurde (S. 309f.) zu beziehen. Und in Z. $_8$ hätten wir bei der dort erwähnten *ἐνεχυρασία* an den voraufgehenden Gerichtsbeschluß der Chrematisten zu denken. Aber diese Aufstellungen unterliegen doch erheblichen Zweifeln. Einmal fragt es sich, ob die versuchte Deutung von *ἐπιστέλλειν* stichhaltig ist. Und da muß gleich das folgende Wort Be-

---

[1]) Eine offene Frage bleibt es, wie das zweite *ἀπε[γράψατο* in Z. $_6$, wenn richtig gelesen und ergänzt, zu verstehen ist. Unmöglich macht es jedenfalls die oben vorgetragene Auffassung nicht.

denken erregen. Wenn ἡμῖν, das freilich der Herausgeber Vitelli selbst als unsicher ansieht, richtig gelesen ist, so konnten damit, wenn wir wirklich ein διάστρωμα vor uns haben, doch nur die βιβλιοφύλακες gemeint sein: die Stelle spräche also von einem diesen Beamten, nicht wie der Londoner Text von einem dem Notariat zuteil gewordenen Auftrage.[1]) Ferner darf, was den Pfändungsbeschluß anlangt, nicht übersehen werden, daß hinter κατὰ τὴν ἐνεχυρασίαν noch die Buchstaben Ερμ[folgen, was offenbar auf einen Eigennamen schließen läßt und uns zum mindesten zwingt, mit der Möglichkeit zu rechnen, daß hier die Person genannt war, welche die Pfändung betrieben hatte. Das scheint aber nicht der Gläubiger gewesen zu sein, von dem die ἀπογραφή ausging, der vielmehr in dem vorher genannten Ptolemaios zu erblicken ist.[2]) Wenn es demnach mißlich erscheinen muß, dem ἐπιστέλλειν und der ἐνεχυρασία die angedeutete bestimmte Auslegung zu geben, so bleibt trotzdem das obige Ergebnis bestehen, daß in Flor. 97, $_{2-9}$ von einer ἀπογραφή — nicht κατοχή — gehandelt wird, durch welche der im Wege des Vollstreckungsverfahrens erfolgte Erwerb des Eigentums an einem Grundstück bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων angemeldet wird.

Um an keiner Möglichkeit vorbeizugehen, sei ferner auf Oxy. 1268 hingewiesen.[3]) Eine Frau meldet in dieser Urkunde ihren Erwerb des Eigentums an Liegenschaften bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων mit den Worten an ($_4$ff.): Ἀπογράφομαι ἣν κατεγράφην κατὰ συγχώρη[σιν τελειωθεῖσαν διὰ τοῦ καταλογ]είου — Zeitangabe — παρὰ Αὐρηλίων Πετο-[σίριος — καὶ Σιν]θώ[ν]ιος — Personalien — οἰκίαν καὶ αἴθριον —. Aus dem weiteren Text der stark zerstörten Urkunde sind dann in Z. $_{13}$ noch die Worte ἐκδό]σιμ[α]

[1]) Solche Anweisungen, insbesondere auch das ἐπιστέλλειν χρηματισμόν seitens höherer Beamten an die βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων, sind auch sonst nichts Seltenes in den Quellen: z. B. BGU. 73, $_{12}$. 1073, $_{19}$; Chic. 2, $_6$ (Chrest. II 217); Flor. 2, $_{206}$; Oxy. 237, V $_{43}$. VI $_{11}$. VII $_4$; vgl. auch CPR. 178, $_2$. [2]) Vgl. Eger, Grundbuch 164.

[3]) Vgl. zu der Urkunde außer der Einleitung der Herausgeber Grenfell und Hunt auch Lewald, Vierteljahrsschr. f. Sozial- und Wirtschaftsgeschichte XII 479ff. Letzterer Forscher hat (S. 480, $_1$) schon auf die hier interessierende Frage hingewiesen.

ἀπὸ διαλογῆς ἀναπεμφθέντα von Bedeutung. Sogleich springt in diesem Text die Ähnlichkeit mit Lond. Nr. 1897, $_7$ff. (κατεγράφη — Ἰσίδωρος — ἀρούρας πέντε) und noch mehr die mit Flor. 56, $_{11}$ff. (καταγέγραμμαι — κα[τὰ συνχώρη]σιν τελειωθεῖσαν — Zeitangabe — τὰς — ὑπηλλαγμένας — [— ἀρούρας) in die Augen: dürfen wir annehmen, daß es sich in Oxy. 1268 um die ἀπογραφή des Eigentums eines im Vollstreckungsverfahren erworbenen Grundstückes handelte? In allen den angeführten Texten war die καταγραφή in einer öffentlichen Urkunde, in Flor. 56 sogar ebenso wie in der unsrigen durch eine συγχώρησις verbrieft. Bedenken könnte es wohl kaum erregen, daß in Oxy. 1268 die ἐνεχυρασία und προςβολή nicht hervorgehoben ist: bei der ἀπογραφή, die doch nicht mehr zu den eigentlichen Vollstreckungshandlungen gehörte, mochte es genügen, die unmittelbare Grundlage des Eigentumserwerbes anzugeben; auch ist nicht unmöglich, daß durch die ἐκδόσιμα ἀπὸ διαλογῆς ἀναπεμφθέντα auf ältere Vollstreckungsakten verwiesen war.[1]) Schwerer fällt gegen die Vergleichung der Urkunden ins Gewicht, daß in Oxy. 1268, $_5$ff. die Veräußerer als solche mit ihren genauen Personalien angeführt sind, und daß auch ihr Recht am Grundstück durch Benennung der Erwerbsakte im einzelnen dargelegt ist ($_{14}$ff.)[2]), während in den erhaltenen Teilen nichts davon zu lesen ist, daß sie Schuldner des Erwerbers waren. Das ist eine wesentliche Verschiedenheit gegenüber Lond. Nr. 1897. Denn hier erscheint das καταγράφεσθαι zugunsten des Erwerbers, sozusagen als ein von den bisherigen Rechtsverhältnissen an

[1]) Das soll natürlich nur ein Erklärungsversuch sein. Einen anderen hat Lewald a. a. O. 480 aufgestellt. Ob BGU. 73 (Chrest. II 207), wie man gemeint hat, auf das Vollstreckungsverfahren zu beziehen ist, läßt sich noch immer nicht bestimmen. Die mehrfach versuchte Zusammenstellung mit BGU. 825, $_{13}$ff. unterliegt seit den in Preisigkes Berichtigungsliste S. 70 mitgeteilten Lesungen Schubarts von Z. $_{14}$ erheblichen Bedenken. Wahrscheinlich handelte es sich in der letzteren Urkunde um eine προςφώνησις. Vgl. über diese Urkunden Koschaker, Z. Sav. St. XXIX 43f.; Lewald, Grundbuch 70f. und Vierteljahrsschr. (S. 337, $_3$) a. a. O.; Eger, Grundbuch 23f. 115f.; Schwarz, Hypothek und Hypallagma 97, $_3$; Mitteis, Chrest. S. 227; Jörs, Z. Sav. St. XXXIV 125, $_2$. 140.

[2]) Zu ἀγοραστικῷ (Oxy. 1268, $_{16}$) vgl. Flor. 97, $_5$ und dazu Eger, Grundbuch 164.

Grund und Boden losgelöster und lediglich auf dem Vollstreckungsverfahren beruhender Vorgang: die Urkunde benennt den Schuldner als solchen ($_{38}$ff.), bezeichnet ihn aber, soweit der Text erhalten ist, nicht als Rechtsvorgänger des Erwerbers. Indessen spricht auch dieses Bedenken nicht schlechthin gegen die oben angedeutete Möglichkeit, daß die *ἀπογραφή* von Oxy. 1268 auf Grund einer im Vollstreckungswege errungenen *καταγραφή* eingereicht wurde. Einmal ist die Urkunde stark verstümmelt. Ferner ist es, wie oben (S. 308, 2) betont wurde, keineswegs ausgemacht, daß im Vollstreckungsverfahren die einseitige *καταγραφή* eine Notwendigkeit war: es liegt kein rechter Grund vor, warum man nicht sollte glauben dürfen, daß der Schuldner, der sich der *προςβολή* fügte, auch bei der Übertragung des Pfandgrundstückes an den Gläubiger mitgewirkt haben könnte. Und schließlich würde es auch, wenn im Falle von Oxy. 1268 die *καταγραφή* ebenso wie in Lond. 1897 einseitig aufgenommen wäre[1]), zu begreifen sein, daß die *ἀπογραφή* den Rechtsvorgänger ausdrücklich benannte, während die *καταγραφή* ihn vielleicht nur mittelbar hatte erkennen lassen.[2]) Denn die *βιβλιοφύλακες* mußten vor allem wissen, wem das Grundstück, das sie dem Erwerber zuschreiben sollten, bisher gehört hatte.[3]) Man sieht, unüberwindlich sind die Schwierigkeiten nicht, die sich der obigen Deutung von Oxy. 1268 entgegenstellen: mehr darf nicht behauptet werden. (Fortsetzung folgt.)

[1]) Sprachliche Bedenken stehen m. E. dieser Auffassung nicht entgegen: *κατεγράφην — παρὰ Αὐρηλίων — οἰκίαν* muß nicht notwendig den Sinn haben 'mir wurde von den Aureliern (als Ausstellern der Urkunde) das Haus zugeschrieben', sondern es kann auch bedeuten 'mir wurde (von der die Urkunde aufzunehmenden Behörde) aus dem Vermögen der Aurelier das Haus zugeschrieben'.

[2]) Auch ist zu beachten, daß in Lond. 1897, $_{9}$f. für die *καταγραφή* auf den *χρηματισμός* der Praktoren an den Agoranomen verwiesen wird, dessen Abschrift der *καταγραφή* als Anlage beigefügt wird. Es liegt nahe, zu vermuten, daß darin (oder jedenfalls in der *προςβολή*) der bisherige Eigentümer des dem Gläubiger zuzuschreibenden Grundstückes genannt war.

[3]) Auf die Einzelheiten dieser Frage, insbesondere die nach der mangelnden *ἀπογραφή* der Rechtsvorgänger, kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden: vgl. für Oxy. 1268, $_{14}$ff. Lewald (S. 337, 3) 480f.

VII.

Δίκη ἐξούλης und Verwandtes.

Von

Herrn Professor **Ernst Rabel**

in Göttingen.

Das außerordentliche Dunkel, das über den griechischen und insbesondere auch den attischen Prozeßformen zum Schutz dinglicher Rechte liegt, hat schon zu den mannigfaltigsten Versuchen geführt, ohne daß der Rechtshistoriker bisher an all den aufgestellten Theorien Befriedigung finden könnte. Für den Zustand der Ratlosigkeit bezeichnend ist die holländische Doktordissertation van Meurs', über deren Inhalt in der Literaturabteilung berichtet wird. Von wesentlich richtigeren Voraussetzungen ausgehend, als die meisten bisherigen Schriftsteller, erzielt der Verfasser doch keine namhafte Klärung für die Hauptfragen, auch nicht für das Verständnis der am ausführlichsten behandelten *δίκη ἐξούλης*.[1]) Van Meurs hat aber richtig erkannt, daß die Quellen für dieses rätselhafte Gebilde noch den meisten Aufschluß liefern. Und auch ich meine, wenn es gelingt, den Schlüssel zur *δίκη ἐξούλης* zu entdecken, öffnet sich eines der Tore, hinter denen sich noch anderes verbirgt. Daß die Kargheit

---

[1]) Lit. Hudtwalcker, Über die öff. u. priv. Schiedsrichter — Diäteten — in Athen (1812) 134; Heffter, Athen. Gerichtsverfassung (1822) 267. 456; Platner, Der Prozeß u. d. Klagen 2 (1825) 291; G. A. Leist, Der att. Eigentumsstreit im System der Diadikasien (1886) 45; Lécrivain in Daremberg-Saglio u. Exoulès (1892); Thalheim, Rechtsaltertümer[4] (1894) 132 und in Realenz. Pauly-Wissowa u. *ἐξαγωγή*; *ἐξούλης δίκη*; Hitzig, Griech. Pfandrecht (1895) 138; Beauchet, Hist. du droit privé etc. 3 (1897) 392; Lipsius, Att. Recht u. Rechtsverf. 2, 2 (1912) 664 u. 3 (1915) 947—951. 983; J. H. van Meurs, Rechtsgedingen over bepaalde goederen [1914] 50. — Die Jugendschrift Leists war für die Zeit ihrer Entstehung höchst bedeutsam und hat im Unterschiede zu den Vorgängern und den Nachfolgern wesentliche Punkte scharfsichtig erfaßt, nämlich die ursprüngliche Anlage der *δ. ἐξ.* als Deliktsklage und ihre Grundlage im Rechte zur Eigenmacht.

und mangelhafte Beschaffenheit der Quellen nur mehr oder minder glaubwürdige Vermutungen und der gegenwärtige Zustand der Gräzistik vielfach nur Ausblicke in unerforschte Gebiete erlaubt, ist für die Leser dieser Zeitschrift viel zu selbstverständlich, als daß ich überall die lästigen Fragezeichen anbringen müßte. Ebenso bedarf es nachgerade keiner Worte mehr darüber, in welchem Geiste zum Vergleich mit den griechischen Rechten das germanische und das römische herangezogen werden dürfen und müssen.

Kurz darf auch die vielleicht nötigere Vorbemerkung über die dingliche Klage und das dingliche Recht sein. Wir wissen zur Genüge, daß diese Begriffe in jedem Recht nur langsam entstehen. Am Beginne der staatlichen Ordnung der Prozesse um Sachen pflegen Deliktsklagen zu stehen. Und die Position, die sie gegen Verletzung schützen, ist nicht Eigentum oder ein ius in re aliena, sondern die rechtliche Zugehörigkeit der Sache zum Hause oder Vermögen des Klägers, eine Macht, die sich im Besitz verkörpert und konkret auf den Besitz zu gerichtet ist — demnach das berechtigte Haben, zu Recht Besitzen, griechisch *δικαίως, προσηκόντως, τὰ αὑτῶν ἔχειν*. Aus diesem umfassenden Begriff des „eigen" differenzieren sich erst allmählich die zeitlich oder nach ihrer Intensität beschränkten dinglichen Rechte und als das vollste das Eigentum.[1]) Erst ihre juristische Durchbildung ist schließlich die Voraussetzung wie für den echten dinglichen Prozeß so für die Abspaltung eines wahrhaften ganz selbständigen Possessoriums. Finden wir also beispielsweise in Athen gar keinen Namen für Eigentum, dagegen immerzu das vage *ἴδιον*, *ἑαυτοῦ εἶναι* u. dgl., so deutet die Sprache selbst auf eine

[1]) Für diese Gedankengänge im deutschen Recht jetzt am klarsten Herbert Meyer, Reallex. Germ. Alt.-Kunde (Hoops) „Eigentum" S. 533. Über den bloß quantitativen Unterschied nach Dauer und Stärke zwischen dem Eigentums- und den andern dinglichen Rechten an der Hand der Papyri meine Haftung des Verkäufers 1, 51; zu den Zitaten dort N. 2 hätte auch Schultze, Treuhand 67 gehören können. Für Athen gibt van Meurs treffende Erörterungen der Begriffe. — Eckard Meister, Festschr. f. Wach (1913) 431 ff., beging in seiner anfechtbaren Skizze (s. Stutz, ZSSt. G. A. 34, 726) den großen Fehler, über dem Besitz und den Deliktsklagen den Keim der echten Dinglichkeit zu übersehen.

mehr archaische Stufe der dinglichen Rechte. Damit steht die Wahrnehmung im Einklang, daß weder eine reine Eigentumsklage auf Herausgabe[1]), noch ein eigener Besitzprozeß bisher in Athen nachgewiesen werden konnten, soviel sie auch gesucht wurden. Eben die Beobachtung indessen, daß die allmählich vorschreitende Entwicklung mannigfaltige Übergangszustände vom Delikts- zum petitorischen Prozeß hervorzurufen pflegt, übrigens auch in einzelnen Fällen eigenmächtige Besitzentziehung frühzeitig wieder gutzumachen gesucht wird, warnt uns vor übereilten Schlüssen aus der Terminologie. Die praktischen Bedürfnisse eines bereits regeren Verkehrs müssen irgendwie befriedigt worden sein.[2]) Getrost dürfen wir auch von „ding-

---

[1]) Ein gleiches deutet betreffs der mangelnden nachbarrechtlichen Äußerung des Grundeigentums Partsch, Arch. f. Pap.-F. 6, 50 an; den Ersatz bilden noch Deliktsklagen.

[2]) Ein Prozeß über das Besitzrecht an Immobilien wird schon durch die Quellen über die *δίκη ἐξούλης* vorausgesetzt und gefordert (unten II u. III). Nur war er zweifellos nicht rei vindicatio wie im röm. Formularprozeß und muß er nicht mit einer Verurteilung auf Herausgabe geendet haben, wovon heute viele im Rückschritt gegen Leists Theorie der präjudiziellen Diadikasie sprechen. Das Erkenntnis wird sehr viel eher ein Befund (Klarstellung) gewesen sein, wessen die Sache sei (z. B. *εἶμειν Πριανέων*, GDI. III 1, 3758 Z. 157); doch ist damit die Frage nach der Wirkung des Prozesses und seiner Begleiterscheinungen nicht erschöpft. — Seltsam ist bloß, was die fast herrschende Ansicht aus einer gewiß dunklen Stelle, Harpokration u. *οὐσίας δίκη* folgert und uns hier einigermaßen angeht: einen ganz kuriosen Eigentumsprozeß in drei Akten: eine „dingliche" *δίκη ἐνοικίου* oder *καρποῦ* über die Nutzungen und erst nach dem Siege eine *δίκη οὐσίας* über das Eigentum (oder wie Lipsius 680 das niemals Eigentum bedeutende Wort rechtfertigt: die „Substanz") an der Liegenschaft, endlich eine *δίκη ἐξούλης* zwecks Naturalexekution. Das alles, wie Thalheim glaubt, um den Grundbesitz mit doppelter Mauer zu umgeben! Allzu blindes Vertrauen in die juristisch ganz unzureichenden Wortfassungen des Grammatikers hat diese und viele andere Unbegreiflichkeiten erzeugt. *Οὐσία* ist immer nur das Familienvermögen, Vermögen, und wenn Suidas *οὐσίας* von der „zweiten" Klage lehrt *ὡς δέον ἀπολαμβάνειν αὐτοὺς ἐξ ὅλης τῆς οὐσίας ἃ κατεδίκασαν*, so mag das ein „Mißverständnis" sein (Thalheim, Rechtsalt. 130; Lipsius 680 N. 14), richtiger eine mangelhafte Fassung, aber nicht völlig aus der Luft gegriffene Behauptung. Harp. sagt uns durchaus nicht, daß die Aufeinanderfolge der drei Klagen den normalen Hergang eines Prozesses um Eigentum darstellte. *Οἱ δικαζόμενοι περὶ χωρίων ἢ*

lichen Rechten“ reden, bloß nicht just im vollendeten Begriffe der römischen Juristen vom absoluten Rechte.

οἰκιῶν πρὸς τοὺς ἔχοντας (*ἀλλότρια καὶ καρπουμένους* fügt Lex. Seguer. V 286, 1 bei) können in einer besonderen Lage gewesen sein, die der Grammatiker unterschlägt (wie in *ἐξούλης δ.* z. B. die Pfändung und das Pfandrecht als Voraussetzungen, s. unten). Die *δίκη ἐνοικίου* kennen wir aber als Klage des Vermieters eines Hauses [Dem.] 48, 45 wie auch sonst und namentlich in den Papyri (Berger, Z. vgl. Rechtsw. 29, 342. *Δίκη καρποῦ* dürfte ebensowenig ein dinglicher Klagetyp sein, sondern nach Lex. Seguer. IV 190, 17 eine Klage gegen den unrechtmäßigen Bezieher von Früchten eines Grundstücks; nach der aus derselben Urquelle, einem Klagenkatalog stammenden (Wentzel, GGA. 1897, 634) Glosse bei Photius, *κ. δ.* 1. Art. und Suidas (*κ. δ.* 1. Teil) ein Nebenprozeß wegen der Früchte als causa rei einer beanspruchten Liegenschaft; nach Hesych. *κ. δ.* angeblich wegen Beschädigung von Früchten zuständig; nach heutiger unsicherer Vermutung auch Klage des Verpächters auf das Pachtgeld. Die eine oder andere Verwendung war vielleicht in Athen zugleich durch die Prozeßform ausgezeichnet, aber an sich ist *κ. δ.* offenbar nur ein Verfahren wegen der Früchte. So wird bei Harp. einfach der Vermieter und der Verpächter gemeint sein, der seinen Zins, die Sache und u. U. Schadensersatz haben will und daher mehrfache Prozeduren nötig hat. Wenn Suidas 1. Art. „für das erwartete *ἐνοικίου χρέους* setzt“ (Thalheim), so ist der Beisatz „sollte heißen *ἐνοικίου*“ (Lipsius) recht kühn, beides ist ein und dasselbe, eine Klage um Schuld. Das Nähere über sie und die *δίκη οὐσίας* ist aber auf exegetischem Weg nicht ermittelbar. Wäre freilich *οὐσία* das Eigentum am Haus oder Feld, so würde die ganze Stelle ja nunmehr klarer; das trifft aber nun einmal nicht zu. Es gibt andere Möglichkeiten, etwa: Nach dem Pachtvertrag der attischen Phratrie der Dyalier JA. II n. 600 (300 v. Chr.) kann der Verpächter wegen Versäumnisses der Pachtzinszahlung oder der Bearbeitung ohne Urteil pfänden (d. h. am ehesten die Invecta et illata, Partsch, Bürgschaftsrecht 221), wegen des so nicht eingebrachten Zinsrestes und wegen Beschädigungen des Objekts klagen. Der verpachtende attische Demos der Aixoner (Recueil des inscr. jur. gr. XIII bis = Ditt., Syll. [2] n. 535) kann wegen des Pachtgeldes pfänden „sowohl aus den Früchten des Grundstücks als aus allem andern Vermögen des Schuldners“. Nach der *ἱερὰ συγγραφή* von Delos (4. Jahrh.), vgl. Partsch a. a. O. 267, verkauft der Verpächter zuerst die Früchte, in zweiter Reihe die (eingebrachten) Rinder, Kleinvieh und Sklaven, in dritter geht er in das Vermögen des Pächters und der Bürgen. So wird — indem wir von dem Sinn der „*δίκη*“ ganz absehen wollen — denkbar, daß der attische Verpächter kraft Gesetzes wegen des Pachtzinses nach Prozeß die Früchte (*καρπός, ἐπικαρπία*) beschlagnahmt und nur auf Grund eines besonderen Verfahrens aus dem ganzen Vermögen pfändet. Wenn danach vor der *δίκη ἐξούλης* rücksichtlich des Grundstücks kein Urteil

Ein Widerspruch, der sich dabei anscheinend ergibt, darf freilich nicht unerwähnt bleiben. Daß der älteste Gerichtsprozeß überhaupt nur actiones ex maleficio zu kennen pflegt, ist heute herrschende Ansicht. Über die Ursachen besteht vielleicht keine Einhelligkeit, meistens stellen wir uns indessen bei der Erforschung des älteren römischen, griechischen, deutschen Rechts wohl vor, daß das Wesen der Privatrechte eben noch unbekannt war, als man sie schon mittelbar durch Strafklagen schützte. Aber mit so deutlich auftretenden Begriffen wie denen der Haftung und des Besitzrechts verträgt sich dies nicht zum besten. Da ergäbe es eine glänzende Abrundung des ganzen Bildes, wenn eine aus dem Studium der nordischen Rechte erwachsene Hypothese sich bestätigte. Im Einklang mit Maurer spricht K. Lehmann die Vermutung aus[1]), daß in Norwegen ursprünglich die Thinggerichte ausschließlich für Strafsachen bestimmt waren, dagegen die Privatgerichte, d. h. durch das Gesetz angeordnete Gerichte von Privaten, insbesondere von Nachbarn, die Zivilsachen allein erledigten (genauer: klarstellten). Und er weist mich darauf hin, daß möglicherweise der Staat das Eingreifen seiner ordentlichen Gerichte ganz bewußt auf die rechtspolizeiliche Wahrung des Friedens, auf die das öffentliche Interesse noch allein angehende Ahndung der Gewalttaten beschränkte. Es wird künftig unsere Aufgabe sein, diese nach vielen Richtungen hin wichtige Fragestellung zu verfolgen. Sie ergibt aber schon jetzt, daß aus der Zurückhaltung der öffentlichen Justiz nicht zwingend auf den tiefsten Stand des privatrechtlichen Denkens geschlossen werden darf.

---

bezeugt sein sollte, so ließe sich das als ein Fall außergerichtlichen Zugriffsrechts gleich den unten zu erörternden aus dem juristischen Besitz des Verpächters unschwer erklären. Ich habe aber hier nur auf die Ablehnung der bisherigen Deutungen der *δίκη οὐσίας*, sei es als Vindikation, sei es als „Exekutionsklage" wegen des Grundstücks Wert zu legen.

[1]) K. Maurer in seinem Briefe an Sophus Bugge anläßlich dessen Untersuchung über die Runeninschrift auf dem Ringe in der Forsa Kirke, „Christiania Univ. Festskrift" für Upsala 1. Sept. 1877, S. A. S. 55; ders., Vorl. 1, 2, 177; K. Lehmann in Hoops' Reallex. Germ. Alt.-K. u. Privatgerichte § 10f. (erscheint demnächst).

I. Ἐξούλη.

Die feste Grundlage für die Erörterung der *δίκη ἐξούλης* bilden vier spezielle Anwendungsfälle, die teils durch die Redner, teils von den Grammatikern bezeugt sind. Außerdem gibt es Äußerungen Harpokrations, die herkömmlich und bis heute als maßgebliche Beschreibung des allgemeinen Anwendungsgebiets der Klage volles Vertrauen genießen, bei allen Schriftstellern mit Ausnahme Leists, der eine eigenartige Einschränkung macht (unten V), und Beauchets, S. 403, der es ohne besondere Gründe für „sicherer" hält, bei jenen vier Fällen zu bleiben und als Prozeß über ein dingliches Recht „nur die Diadikasie anzunehmen". Danach figuriert die *δ. ἐ.* bei den Philologen als die „Besitzstörungsklage", „Klage zum Schutze des tatsächlichen Besitzes, wenigstens von Immobilien" bei den meisten Juristen, für die längst feststeht, daß von einem Possessorium keine Rede sein kann[1]), mit verschiedener Formulierung als petitorische Klage, bei Leist als Übergang von einer Delikts- zu einer reipersekutorischen Klage. Da aber ein erhaltenes Fragment des Solonischen Gesetzes und viele alte Lexikonstellen die *δ. ἐ.* im Exekutionsstadium besonders hervorstellen, wird — Leist dürfte wieder auszunehmen sein — auch eine eigene Funktion derselben als „Exekutionsklage" behauptet und bald der ersteren Funktion eingegliedert, bald koordiniert. Diese Zweiteilung, die zeitweise noch durch höchst oberflächliche Vergleiche dort mit dem Interdictum unde vi, hier mit der Actio iudicati verschärft wurde, führte zu dem Streit, welche Funktion die ältere sei. Gegen die Zweiheit geht neuestens van Meurs mit Recht vor, aber er will alle Fälle dem Grundbegriff einer „zentralen" Klage jedes zum Besitz an einer Sache Berechtigten gegen Störung der Ausübung unterstellen. Dabei geht verloren, was schon deutlich bei Leist ausgesprochen und auch bei Lipsius gefühlt war: die enge

---

[1]) Zitate bei van Meurs 27ff. 50. Lipsius 667f. will die Klage „auf alle Fälle der Besitzstörung ausdehnen, in denen man ein besseres Recht auf einen Besitz behauptet"; vielleicht meint er einen negatorischen Besitzrechtsprozeß, wie ihn Meurs juristisch formuliert.

Beziehung der Klage zur berechtigten Eigenmacht. Wenn wir freilich noch soeben bei Lipsius lesen, die Klage diene „als wirksamer Ersatz der Selbsthilfe, deren Anwendung namentlich einem stärkeren Gegner gegenüber vielfach bedenklich fallen mußte“ (S. 667), so erweist mir das Wort „Ersatz“ in dieser sonst sehr richtigen, Leist folgenden Bemerkung, und der geringe Einfluß, den ihr Lipsius bei der ganzen Erörterung anweist, die Notwendigkeit, dem hier nach Geltung ringenden Gedanken zum Durchbruch zu verhelfen.

In der Tat ist die *δ. ἐ.* einfach eine Deliktsklage zum Schutze berechtigter Selbsthilfe, nicht mehr und nicht weniger. Eine knappe Zusammenstellung des unbestrittensten Teils des Materials macht das sofort glaubhaft, sobald man nur genügend gegenwärtig behält, daß sich die staatlichen dinglichen Klagen auch im griechischen Rechtskreis zögernd und mühsam aus der Fehde und den staatlichen Deliktsklagen entwickeln mußten.

Sie ist Deliktsklage. Zu ihren Folgen gehört die Verurteilung des Beklagten zu einer dem Streitwert gleichen Buße an den Staat, der Verurteilte wird danach bei Säumnis als Staatsschuldner eingetragen (Dem. 39, 15), mit der Atimie (Andok. 1, 15) und weiteren schweren Folgen. Doch handelt es sich um ein Privatdelikt, *δίκη*, iudicium privatum, nicht *γραφή*.

Das Delikt des Beklagten besteht in einem *ἐξείλλειν* oder *ἐξίλλειν*[1]), das die alten Grammatiker vielfältig umschreiben mit *ἐξείργειν, ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν, κωλύειν καὶ ἀπελαύνειν*[2]) u. dgl., auch die Redner *ἐκβάλλειν* (Dem. 30, 2),

[1]) Zum Worte Lipsius 666 N. 108; *ἐξίλλειν* hat auch das echte Etymologikum, bei Wentzel, Gött. Gel. Anz. 1897, 631. Zu dem in IG. V 2, 357 (Stymphalos) Z. 4ff. vorkommenden *κατουλεῖν* und *κατοῦλαι* verweisen die Hsg. wohl nur in sprachlicher Hinsicht auf *ἐξούλη*.

[2]) *ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν* in der gemeinsamen Quelle des 5. Bekkerschen Lexikons (Lex. Seguer.) 252, 17 und anderer Glossen; *κωλύειν καὶ ἀπελαύνειν* in der Quelle des 4. Bekkerschen Lex., Suidas 3. Art., Etymolog. Magnum und Genuinum, nach Wentzels noch zu erwähnenden Forschungen. Aus gleichen Gedanken erklären sich in der Kaiserzeit Fügungen, wie z. B. in der Thessalischen Inschr. 194 n. Chr., hsg. Woodworth, Journal Hell. Stud. 33 (1913) S. 338 Z. 25: Der Politarch soll

κωλύειν (Dem. 31, 2), vor allem aber ἐξάγειν nennen. Der Beklagte hat den Kläger gehindert, ausgeschlossen oder hinausgeführt, vertrieben, um ein altes deutsches Rechtswort zu gebrauchen: ausgewiesen. Gehindert am Zugriff, z. B. σχεῖν κωλύειν ἃ ἐνίκησεν (Pollux VIII 59), ἐμβατεύειν κωλύειν (Etym. = Suid.), hinausgeführt aus dem Grundstück, das man besetzen will (Dem. 30, 2. 4. 8 ἐκ τῆς γῆς), oder aus der Erbschaft (Is. 3, 62 ἐξάγειν ἐκ τῶν πατρῴων), an der man Besitz nehmen will (βαδίζειν, ἐμβατεύειν εἰς τὰ πατρῷα). Neben diesem Hindern am ersten Sichbemächtigen erwähnen die Lexikographen auch das Austreiben aus dem ergriffenen Besitz (Poll. ὅταν — ἔχοντα ἐκβάλλῃ, Suid. ἐμβατεύσαντες ἐξελαυνόμενοι). Und in der Tat ist Isae. 5, 22 so zu deuten, daß ein angeblicher Eigentümer den besitzenden[1]) Pfandgläubiger aus dem Pfandobjekt (ἐκ τοῦ βαλανείου) ἐξάγει. Die Selbsthilfe erstreckt sich also auf die nächstanschließende Verteidigung des eigenmächtig erlangten Besitzes — ob auch auf die Zeit nach dem Pfandverfall, wird zu fragen sein. Die Ausdrücke für den Zugriff sind dieselben, die auch sonst für die Eigenmacht bekannt sind, neben solchen wie ἐφάπτεσθαι, ἐπιλαμβάνεσθαι, συλᾶν.[2])

---

den ager publicus inspizieren gehen in Begleitung der rechtmäßigen Okkupanten und ἐκβάλλειν καὶ κωλύειν τοὺς εἰς τὴν — γῆν βιαζομένους, die unrechtmäßigen Okkupanten vertreiben und verhindern.

[1]) Unrichtig wird darin die Besonderheit des Falles gesehen, daß nur hier der ἐξάγων nicht besitze (Thalheim, Realenz. 6, 1548; Lipsius 669). Darauf kommen wir öfters zurück. Vgl. übrigens Isae. 3, 62.

[2]) Über ἄγειν, λαβεῖν, ἐφάπτεσθαι Swoboda, ZSSt. 26, 169 u. Zit.; über ἄγειν, ῥυσιάζειν, κατεγγυᾶν Partsch, Bürgschaftsr. 1, 291 f.; Wilhelm, Jahreshefte öst. archäol. Inst. 14, 197. Dazu jetzt das stymphalische Gesetz IG. V 2, 357 Z. 94 ff. (3. Jahrh.) mit den Verboten des ῥυσιάζειν, ἄνδρα ἄγειν, χρήματα ἀφαιρεῖσθαι und λαμβάνειν (vgl. dazu etwa Inschr. Priene 201, 17; 202, 17). Vgl. ferner unten VI und die dort zit. Bemerkungen Küblers über ἐπαφή und ἐφάπτεσθαι, letzteres jetzt als Assertorenvindikation in den schönen Rechtshilfeverträgen von Milet (Milet, hsg. von Wiegand, 3. Heft, Delphinion 1915, hsg. von Rehm) 1915 n. 140, Mitte des 3. Jahrh. Zum ἅπτεσθαι für die eigenmächtige Pfandnahme Dem. 21, 81; [Dem.] 47, 53. 57. Ἐπιλαμβάνεσθαι als Beschlagnahme des Pfandgläubigers [Dem.] 33, 9. 13; 35, 25; in der Vindicatio in servitutem (δουλαγωγία) Steiris Syll. ² 841, 13, als Assertorenvindikation in den älteren kretischen Asyliedekreten für Teos

Diejenigen für den Gegenakt drücken zunächst auch nur tatsächliche Gewalthandlung aus, sie sind Gegenzugriff. Aber die einen wie die andern treten, wenn ich recht sehe, in den Quellen in abgespaltener, prägnanter Bedeutung des Handelns mit Rechtsbehauptung auf. Bei solchen außergerichtlichen Rechtsakten in Athen fehlen wohl nie die Zeugen und die vor ihnen erhobene, mit den Worten wechselnde, also nicht solenne, aber den Rechtscharakter betonende Parteierklärung (*φάσκειν*). So nimmt denn auch Xenokles, Isae. 3, 22, seine Zeugen für die Embateusis in das Bergwerk 300 Stadien weit mit, statt nach dem Brauche die Hinzukommenden als Zeugen anzurufen wegen der (zu befürchtenden) *ἐξαγωγή*. Zenothemis, Dem. 32, 14ff., kommt mit einem Begleiter in Anwesenheit anderer Leute, um das Getreide als Pfand zu „beanspruchen", *φάσκων Ἡγεστράτῳ δεδανεικέναι* und Leostratos [Dem.] 44, 32 vollzieht die Exagoge, *φάσκων ἑαυτοῦ εἶναι*. Zur allergrößten Vorsicht mag man ja etwa wegen Is. 3, 62 die Frage offen lassen, ob nicht die tatsächliche Hinderung für sich allein, wie offenbar ursprünglich, noch später für das *ἐξείλλειν*, *ἐξάγειν* genügte.

Die Hinderung kann den Angreifer zur *δίκη ἐξούλης* berechtigen, muß aber nicht. Leostratos a. a. O. hat dem Sprecher die Besitzergreifung an der Erbschaft vereitelt, *ἐξαγαγὼν ἐκ τῆς οὐσίας* (§ 33) und zwingt ihn dadurch zum Antrag beim Archon auf Besitzeinweisung; für den Sohn des Aristodemos, als Seitenverwandten des Erblassers, bestand eben gegenüber andern Erbprätendenten kein Recht auf selbständige Besitznahme. Wir haben es also mit der berechtigten Eigenmacht und ihrer Hinderung zu tun, und unsere Aufgabe ist es, zu untersuchen, wie in den bezeugten Fällen der *δίκη ἐξούλης* die Rechtslage sich des näheren gestaltet, ferner, was sich über ihr Geltungsgebiet etwa entnehmen läßt oder nicht, endlich ein wenig Umblick zu halten, welche rechtsgeschichtliche Bedeutung den in dieser Klage auftretenden Rechtsgedanken beigemessen werden darf.

GDI. 3, 2, 5165—5176, s. Stellen bei Rehm a. a. O. und dazu Hsg. Recueil IJG. 1, 446.

Schon nach dem bisher Gesagten erscheint jeder Versuch verfehlt, aus den wenigen uns bekannten Anwendungsfällen Verallgemeinerungen zu wagen, die lediglich auf den Begriff des wie immer gefaßten dinglichen Rechts gebaut sind. Denn dies würde entweder voraussetzen, daß jeder dinglich Berechtigte im klassischen Athen zugleich auch zur aggressiven Selbsthilfe befugt war — was mindestens eine petitio principii wäre — oder daß die *δ. ἐ.* sich von ihrem Ausgangspunkt ungeheuer weit entfernt und zu einer petitorischen Klage umgestaltet hat. Für das attische Recht berechtigt nichts zu der letzteren Annahme. Sollten die Grammatiker der römischen Kaiserzeit sie etwa wirklich vertreten, so mögen sie oder ihre Vorlagen vom Rechte ihrer Zeit oder bestenfalls von Zuständen der hellenistischen Reiche beeinflußt sein. Doch bedarf, was heute zumal aus Harpokration als der verläßlichsten Nachricht herausgelesen wird, dringend der Überprüfung, zumal da die übliche Art, die Grammatiker zu benutzen, ein allgemeines Wort des Widerspruchs herausfordert.

II. Harpokration, *δίκη ἐξούλης*.

Der späteren Zitate wegen teile ich den Artikel in Ziffern.

1. *Ὄνομα δίκης ἣν ἐπάγουσιν οἱ φάσκοντες ἐξείργεσθαι τῶν ἰδίων κατὰ τῶν ἐξειργόντων. εἴρηται μὲν οὖν τοὔνομα ἀπὸ τοῦ ἐξίλλειν ὅ ἐστιν ἐξωθεῖν καὶ ἐκβάλλειν.*
2. *δικάζονται δὲ ἐξούλης κἀπὶ τοῖς ἐπιτιμίοις οἱ μὴ ἀπολαμβάνοντες ἐν τῇ προσηκούσῃ προθεσμίᾳ, ὑπερημέρων γιγνομένων τῶν καταδικασθέντων. οἱ δὲ ἁλόντες ἐξούλης καὶ τῷ ἑλόντι ἐδίδοσαν ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν, καὶ τῷ δημοσίῳ κατετίθεσαν τὰ τιμηθέντα.*
3. *ἐδικάζετο δὲ ἐξούλης καὶ ὁ χρήστης κατέχειν ἐπιχειρῶν χρῆμα τοῦ χρεωστοῦντος καὶ κωλυόμενος ὑπό τινος.*
4. *καὶ ἐπεργασίας δέ τις εἰ εἴργοιτο, δίδωσιν ὁ νόμος δικάζεσθαι πρὸς τὸν εἴργοντα ἐξούλης.*
5. *καὶ περὶ ἀνδραπόδου δὲ καὶ παντὸς οὗ φησί τις αὑτῷ μετεῖναι.*

6. *ταῦτα δὲ σαφῶς Ἰσαῖος διδάσκει καὶ Λυσίας ἐν τῷ κατὰ Στρατοκλέους ἐξούλης. Δείναρχος μέντοι ἐν τῇ Κροκωνιδῶν διαδικασίᾳ ἰδίως κέχρηται τῷ τῆς ἐξούλης ὀνόματι ἐπὶ τῆς ἱερείας τῆς μὴ βουλομένης τὰ ἴδια δρᾶν.*[1])
7. *ὅτι δὲ ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ἰδίων ἐκβαλλομένου τάττεται τοὔνομα καὶ οὐχ ὡς οἴεται Καικίλιος μόνων τῶν ἐκ καταδίκης ὀφειλόντων καὶ Φρύνιχος ἐν Ποαστρίαις δῆλον ποιεῖ.*

Nr. 2 und 3 behandeln unstreitig besondere Tatbestände. Nr. 2 spricht von dem Urteil auf eine Geldsumme (eigentlich Geldbuße, was in Athen bezeichnenderweise durcheinandergeht) und übergeht dabei völlig die Exekution eines Urteils, das dem Sieger Sachen zuspricht. Der Verfasser weiß aber auch nicht, weshalb in seinem Fall die *δίκη ἐξούλης* zusteht. Nur die Worte *ἃ ἀφῃροῦντο αὐτόν*, die in diesem Zusammenhang gar keinen Sinn haben, verraten uns dank dem Vergleich z. B. mit den Inschriften von Amorgos (unten III) und Stymphalos (oben S. 347), daß es sich um Vorenthaltung von Sachen handelt — nämlich der vom Sieger mit Pfändung ergriffenen. Nr. 3 hat den Pfandgläubiger im Auge, der sich die verpfändete Sache nehmen will und von jemandem gehindert wird —, aber wüßten wir es nicht anderswoher, so ließe es sich dem Satze, der vom Pfand zu reden unterläßt, unmöglich entnehmen. Daß ein gewöhnlicher Gläubiger ohne Urteil — denn von diesem sprach schon Nr. 2 — und ohne vertragsmäßige Exekutivklausel eine Sache des Schuldners nehmen könne, ist in Athen bereits völlig unerhört.

Nr. 4 kann danach nur das größte Kopfzerbrechen machen. Lipsius 672 versteht es als eine Ausdehnung der vermeintlichen „Besitzstörungsklage" auf die Fälle, wo „nicht der Besitz eines Grundstücks, sondern nur seine Bebauung oder Nutznießung angefochten wird". Aber der Satz macht vielmehr den Eindruck, einen dritten Fall neben die beiden voranstehenden setzen zu wollen. Ausdrücklich ist auf ein Gesetz Bezug genommen. Wäre die Lesung

[1]) Das letztere ist ein eigener Fall, aber dunkel. Übersetzt man: betreffs der Priesterin, die nicht die ihr obliegenden Opfer bringen will, so ließe sich an allerlei Zwangsrechte gegen säumige Priester denken.

bei Suidas 2. Art. und im Coislin. richtig: ἀπεργασίας, wonach Hudtwalcker 138 ἀπ' ἐργασίας verstand, so wäre offenbar das Gesetz ἄν τις ἐξείλλῃ τινὰ τῆς ἐργασίας scil. τῶν μετάλλων, Dem. 37, 35 (unten IV C) gemeint oder eher die Demosthenische Stelle willkürlich ausgedeutet. Aber das besser beglaubigte ἐπεργασίας gibt auch einen Sinn. Ἐπεργασία steht bei Thuk. 1, 139, 2 und Plato Leg. VIII 843 C für widerrechtliche Bebauung eines heiligen bzw. fremden Ackers. Plato gibt seine δίκη βλάβης gegen den, der die Felder des Nachbars mit Überschreitung der Grenzen bestellt, zwischen einerseits der Grenzverrückung und andererseits dem Beweiden fremden Grundes (ἐπινέμειν) und dem Einfangen fremder Bienenschwärme. Immerhin stehen ἐπεργασία und ἐπινομία bei Xen. Kyr. 3, 2, 23 neben der ἐπιγαμία als das berechtigte Bebauen und Weiden auf dem Gebiete eines andern Gemeindestaats nach Staatsvertrag. Bei Harp. darf man also denken: an einen Schutz des aus besonderem Titel auf fremdem Grund Ackerberechtigten gegen den Protest des Eigentümers oder an den Schutz des sein eigenes Grundstück Bebauenden gegen einen Nachbarn, der ihn kraft Nachbarrechts oder kraft servitutartigen besonderen Titels hindern will. Dies würde natürlich an das berühmte Solonische Gesetz über die Anlagen an der Grenze erinnern, das Gai. D. 10, 1, 13 kennt und der Alexandrinische Gesetzgeber P. Hal. 1, col. 4–5 nachahmt, und an die analogen Bestimmungen über die Veränderung der Abflut. Der verletzte Nachbar hat im Notfall ein Selbsthilferecht zur eigenmächtigen Zerstörung der unberechtigten Anlage, vor allem das Recht und in gewissem Sinn die Pflicht zum Protest (arg. Dem. 55, 4: ἀπαγορεύειν, διαμαρτυρεῖσθαι und weitergehend κωλύειν ἐξ ἀρχῆς) und eine Unrechtsklage.[1]) Es ließe sich sehr wohl denken, daß die bei Harp. geschilderte δίκη ἐξούλης sich gegen den materiell unberechtigten Widerspruch richtet, der seinerseits nach den weiter unten darzulegenden Analogien das Weiterbestellen des Ackers vorläufig hindern würde. Daß es auch über den Anbau des Ackers in Alexandria nachbarrechtliche Vorschriften gab,

[1]) Über alles dies lichtvoll Partsch, Arch. f. Pap.-F. 6, 49f.

die von denen über das Bauführen und Bäumepflanzen unterschieden waren, ist mit dem kümmerlich erhaltenen Schlußabsatz in Pap. Hal. 1, Z. 103, wo von *ἐργάσιμον* als anbaufähigem Land (so die Hsg.) gesprochen wird, freilich kaum nachweisbar. — Eine Stütze für die generelle Funktion der *δ. ἐ.* ist der Satz jedenfalls nicht.

Nr. 5 soll nach Lipsius 671 besagen, daß die Klage „gegen den zusteht, der von einem Sklaven Besitz ergreift", und das soll „bezeichnend" für die angebliche allgemeine Verwendbarkeit „gegen die Wegnahme auch beweglichen Gutes" sein. Das *τις* geht aber auf den Kläger wie die Subjekte aller Fälle Nr. 1—5, und da steht in Wirklichkeit: „Auch wegen eines Sklaven aber oder irgend etwas, woran jemand teil (oder Anspruch) zu haben behauptet" (scil. gebührt ihm die Klage). Hier haben wir im Gegensatz zu den vorigen keinen ganzen Satz, was eine Abhängigkeit anzeigt, ein besonderer Tatbestand der *δ. ἐ.* wird hier nicht gemeint sein. Wie steht es überhaupt mit der Echtheit? Die Worte sind nur in der Pariser Handschrift D von 1496 erhalten. Diese gilt allerdings als die verhältnismäßig beste Überlieferung der (im allgemeinen) kürzeren Fassung des Lexikons, der sog. Epitome, und die meisten der in ihr allein enthaltenen Zusätze werden gegen den Verdacht, Glossen zu sein, verteidigt. Verderbnisse gibt aber auch Kalkoff[1]), der diese Wertung begründet hat, zu. Fehler des Epitomators und Dummheiten der Abschreiber werden bei andern solchen Zusätzen erörtert. Unseren Satz halten Dindorf und Kalkoff[2]) für durchaus echt, Wentzel nach brieflicher Mitteilung für echt, wenn auch entstellt. Jedenfalls kann er seine richtige Stelle verloren haben und selbst so, wie er dasteht, darf er am schlechtesten zu Nr. 4, aber beliebig zu den Nrn. 2 oder 3 gezogen werden und ist dann sachlich richtig, und sogar zu Nr. 1, denn auch grundsätzlich ist die Klage nicht auf Grundstücke eingeengt. Daß

[1]) Kalkoff in Dissertationes philol. Halenses 8 (1887), 141ff.; 166—168; H. Schultz, Realenz. 7, 2412 mit brieflichen Mitteilungen Wentzels.

[2]) Dindorf z. d. St.; Kalkoff 169 (trotz des *καί* und *δέ*, die ein Glossem freilich nicht anzeigen müssen, vgl. Kalkoff S. 147).

man es hervorhob, ist angesichts der von *οἰκίαι* und *χωρία* redenden Glossen, auf deren Grund wir noch zurückkommen werden, begreiflich.

Nr. 7 bekämpft mit einem übrigens recht fragwürdigen Beleg aus einer wer weiß wie übertreibenden Komikerstelle[1]) den Irrtum des Rhetors Cäcilius aus dem 1. Jahrh. v. Chr., daß der Name der Klage sich auf die in Nr. 2 erwähnte Bedeutung beschränke. Wie dieser Irrtum entstand, ist wiederum jetzt nach dem Auffinden des Solonischen Gesetzesartikels und gegenüber andern Grammatikernotizen (unten II), die sich nur mit der Zwangsvollstreckung nach Urteil beschäftigen, recht verständlich.

Allgemein lautet die hiernach schon sehr unerhebliche Wendung in Nr. 7 *ἐπὶ παντὸς τοῦ ἐκ τῶν ἰδίων ἐκβαλλομένου* und Nr. 1. Aber braucht man ernstlich die Frage aufzuwerfen, ob „wir es hier nur mit einer der Ungenauigkeiten der Grammatiker zu tun haben" oder ob wirklich überall, wo jemand „aus dem Seinigen vertrieben" wird, *δ. ἐ.* statthabe? — eine Frage, die Leist 50 in letzterem Sinn zu beantworten sucht, während Platner, Thalheim, Lipsius, Meurs usf., ohne viel zu fragen, jene Wendungen wie die ausbündigste Gelehrsamkeit behandeln.

Nun gilt es, uns recht zu verstehen. Daß Harp. „kein Vertrauen" verdiene, meine ich nicht. Diese Lexika beruhen auf einer verschlungenen Überlieferung aus älteren und neueren Vorlagen, die teils Erklärungen der Realia, teils Lexikographisches boten. Unter ihnen ragt ein die attischen Altertümer erklärendes, nach sachlichen Gesichtspunkten geordnetes Buch hervor, ein Onomastikon, aus dem mit dem Lexikon Harpokrations zu den zehn Rednern auch das 5. Bekkersche Lexikon, Pollux und das Lex. Cantabrigense schöpften, „eine Quellenschrift ersten Ranges, Kompilation aus den allerbesten Gewährsmännern, bisweilen aus den Rednern selbst und aus vereinzelten antiquarischen Spezialschriften". Dazu fügt Harp. sprachlich-exegetische Glossen zur Rednererklärung.[2]) Zu diesem ono-

---

[1]) Darauf macht mich Reitzenstein aufmerksam.

[2]) G. Wentzel, Berl. Sitz.-Ber. 1895, 1, 483; Gött. Gel. Anz. 1897,

mastischen Teile des Harpokrationschen Lexikons rechnet nun der vortreffliche Kenner der Lexikographen, Herr Prof. Wentzel, nach dankenswerter brieflicher Mitteilung in der Tat unsere Glosse, und ihre Grundlagen denkt er so:

Der Verfasser der Urquelle hat zunächst von den zwei Stellen des Isaios und Lysias eine Erklärung abgeleitet, die auf diese beiden Stellen paßte; er war aber Grammatiker, im besten Falle Sammler und Exeget, nicht Jurist. Demselben Mann ist eine Stelle aus Deinarch begegnet, die offensichtlich zu der vorgetragenen Erklärung nicht paßte, weshalb er den Fall der *ἱερεία* mit anführt. Schließlich fand er die *δ. ἐ.* auch bei Cäcilius berücksichtigt und schlug ihn mit dessen eigenen attizistischen Waffen, d. h. mit einem Komikertext. —

Die Glosse besteht also aus einer allgemeinen sprachlichen und sachlichen Erläuterung des altertümlichen *ὄνομα*, die von einzelnen Rednerstellen abgeleitet ist, ohne jeden Ehrgeiz, eine juristisch scharfe, nur ja nicht zu weite Definition zu liefern, und aus einzelnen Beispielen, die ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit sich durch die Kommentierungen der Redner ergaben. Harpokrations Nachrichten gelten im allgemeinen als verläßlich, und das dürfen wir Rechtshistoriker bestätigen in dem Sinne, daß seine Notizen, jede einzeln, wirklich einen guten Kern zu enthalten pflegen. Doch sollte es niemandem beikommen, eine Grammatikerglosse wie einen Gesetzesartikel auslegen oder wie eine systematische juristische Abhandlung lesen zu wollen!

Wir haben es nach der obigen Auffassung Wentzels in den gerade hier entscheidenden Stellen mit der Fassung des Onomastikon zu tun. Auch wenige seiner Gewährsmänner aber werden die rechtsgelehrten Kenntnisse der ja auch mitbenützten Aristoteles und Theophrast gehabt haben, der Onomastiker selbst gewiß nicht. Wie könnte man ihm vollends (oder etwa den attischen Rednern selber!) ein rechtshistorisches Verständnis unterstellen, das allein die schwierige Verallgemeinerung überkommener Tatbestände erlaubt? Wer

616f., beides grundlegende Arbeiten, deren zweite merkwürdigerweise bisher fast unbekannt geblieben ist.

die Unfähigkeit der großen römischen Juristen zur rechtshistorischen Erfassung der Entwicklungen kennt, kann unmöglich von Philosophen, Rhetoren oder Grammatikern des Hellenismus oder der Kaiserzeit erwarten, daß sie uns den Geist des Altertums unmittelbar enthüllen. Die Grundgedanken müssen wir aus sichereren Quellen ermitteln und an den Lexikographen nur prüfen. Ausschlaggebendes über den äußersten Grenzbereich der *δίκη ἐξούλης* kann bei Harp. gar nicht stehen.[1])

Ähnlich allgemein lautende Stellen anderer Lexika erfreuen sich ohnedies keines Ansehens.

Das geht aber m. E. wieder zu weit. Die große Mehrzahl der minder eingeschätzten Glossen ist, sobald ihnen nur eben nicht zuviel zugemutet wird, durchaus nicht ganz zu verschmähen.

III. Eigenmächtige Zwangsvollstreckung.

Darunter ist zu begreifen die Selbsthilfe nach Urteil und die Pfandnahme auf Grund von Rechtstiteln, die ohne Urteil zur Pfändung befugen. Als Selbsthilfe nach Urteil kommt keineswegs nur „Pfändung" in Betracht, sondern auch die Besitzergreifung von Sachen, über die gerichtlich zugunsten des Ansprechers entschieden ist. Diese zwei Dinge sind schärfer zu trennen, als es gewöhnlich geschieht.[2])

Das in zwei Papyri, einem Genfer und in P. Oxy. 221 c. 14 Z. 10 erhaltene Solonische Gesetz aus dem 5. Axon besagt: *ἐάν τις ἐξείλλῃ ὧν ἂν δίκην νικήσῃ, ὅτου ἂν ἄξιον ᾖ, καὶ εἰς δημόσιον ὀφλεῖν καὶ τῷ ἰδιώτῃ ἑκατέρῳ ἴσον*, d. h. wenn jemand (einen andern) aus dem herausdrängt, worüber (dieser) einen Prozeß gewann, schuldet er den Wert sowohl dem Staat als dem Privaten, jedem das gleiche. Hier wird nicht unterschieden zwischen ursprünglicher Sachherausgabepflicht und Geldschuld, andererseits immer nur eine Geldschuld als urteilsmäßige Folge der *δίκη ἐξούλης* be-

[1]) Ich habe das Wesentliche dieser Ansichten Reitzenstein und Wentzel vorgetragen und bei ihnen die gleiche Meinung vorgefunden.

[2]) Die Frage nach der condemnatio pecuniaria in Athen sei nicht aufgerollt; vielleicht trägt das hier Beobachtete aber zu ihrer Erledigung einiges bei.

zeichnet. Vertrieben werden kann man aber nur aus Sachen. Entweder denkt das Gesetz also überhaupt nur an Sachen, die prozeßmäßig zugesprochen worden sind, oder es meint gleichzeitig die Sachen, die der Inhaber eines auf Geldzahlung lautenden Urteils pfändet. Die Redner erweisen bündig, daß letzteres allein die Auffassung ihrer Zeit war.

Damit stimmen die mit Vorliebe gerade dieser Anwendung der *δ. ἐ.* zugewendeten Grammatikerstellen gut überein. Die einen reden nur von der Geldschuld[1]), und bloß auf Verkennung dieser ihrer engeren Beziehung beruht das von Hudtwalcker 139 angenommene und noch jetzt von Lipsius 950 geglaubte Pfändungsrecht des Gewinners eines sachenrechtlichen Prozesses. Andere sprechen lediglich von der zugeurteilten Sache.[2]) Beides wird dann in einem der beliebten jungen Scholien zu Dem. 21, 44 im Lexikon von Patmos aneinandergereiht.[3]) Dabei fällt auf, daß im letzteren Fall nur an Grundstücke gedacht ist.[4])

[1]) Harp. Nr. 2; Suidas 1. Art. (*ἐκτίνειν , τιμωρία*; Schol. zu Dem. 21, 44 in Oratores attici, Pariser Ausg. 2, 668: *ἐάν τις ἰδιωτικὴν νικήσῃ δίκην, λαμβάνει τὸν ἡττηθέντα ὑπεύθυνον. Ἐῖτα ἂν μὴ εἴσω τῆς προθεσμίας ἐκτισθῇ ὃ κατεδικάσθη, ἀλλὰ γένηται ὑπερήμερος, ἔξεστι [γρ]ἄψασθαι καὶ ἐπιλαβέσθαι αὐτοῦ τῶν χρημάτων, ἕως οὗ πληρώσῃ τὸ ὁρισθέν. Ἐὶ δὲ κωλύοι τὸν ἁπτόμενον καὶ ἀπελαύνοι, γράφεται αὐτὸν κατὰ τὴν ἐξούλην· καὶ γίγνεται μετὰ τοῦ ἰδιωτικοῦ καὶ δημόσιον τὸ πρᾶγμα λοιπόν, ὅτι ἠπείθησε τοῖς δικασταῖς καὶ τοῖς νόμοις.* Das Schol. ist sehr jung und ohne Autorität, aber recht geschickt zusammengestellt und zeigt deutlich den Gedanken der viel älteren Grammatiker. Von der Pfändung wegen Darlehens Lex. Seguer. (Bekker) V 249, 18 *ἐμβατεῦσαι καὶ εἰςελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου ἐνεχυριάζοντα τὸ δάνειον.*

[2]) Dahin gehört eine Kette von Glossen, die auf die alten *ὀνόματα δικῶν*, die Urquelle des 4. Bekkerschen Lexikons 188, 7 zurückgehen (vgl. Wentzel, GGA. 1897, 631ff. 645): Suid. 3. Art. p. 330 Bernh., Etym. Magnum p. 348 und genuinum (bei Wentzel), Psellos mit Gregor von Korinth, Apostolios, Schol. z. Dem. 21, 13. Ferner Pollux VIII 59 — *ὅταν τις — μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι — τὸν νικήσαντα ἃ ἐνίκησεν κτλ.*

[3]) Bull. Corr. Hell. 1 p. 14 (in der Worterklärung der onomastischen Quelle von Lex. Seguer. V 252, Harp. Nr. 1, Suid. II, Dem. or. 30 argum. a. E. folgend, vgl. Wentzel a. a. O.) hat mit den in N. 2 Genannten die Notiz *δίκη κατὰ τῶν ἐξιλλόντων καὶ ἐκβαλλόντων ἀπὸ χωρίου κτλ. — κατὰ τὴν δίκην*, dann den Zusatz aus den in N. 1 Genannten: *ἔστι δὲ καὶ κατὰ τῶν ἡττηθέντων, ἐὰν μὴ ἀποτίνωσι τὸ ὑπὸ τῶν δικαστῶν κεκριμμένον δοθῆναι.*

[4]) Suidas III, das echte Etymolog. usw.: *οἱ δίκην νικήσαντες, ὥστε ἀπολαβεῖν χωρίον ἢ οἰκίαν, ἔπειτα ἐμβατεύειν κωλυόμενοι ἢ ἐμβατεύσαντες*

Die Äußerung des Harp. (Nr. 5) darf man da nicht entgegenhalten, selbst wenn sie auf die Vollstreckung Bezug hat, da Harp. (Nr. 2) eben nur die Folge der Geldverurteilung erwähnt. Diese Beobachtung gewinnt dadurch Bedeutung, daß in germanischen Rechten das Sichunterwinden an Grundstücken, die richterlich zugesprochen sind, ebenfalls einen besonderen Fall bildet. Für Fahrnis steht es dort anders, weil es für sie „keine Übertragung durch Formalakt gibt"[1]) und daher die prozessualische Auflassung mit ihren geschichtlichen Nachwirkungen nicht gilt. Es steht auch überall infolge ihrer Beschaffenheit anders, da die bewegliche Sache sich nach der Grundanlage des Verfahrens vor Gericht befindet und dadurch auch die einstweiligen Maßregeln[2]) zur Sicherung des Siegers erleichtert werden. Die letzteren sind im Zusammenhang noch nicht untersucht worden, keinesfalls sind wir befugt, ihre Wirksamkeit in eine Konkurrenz gerade mit der *δίκη ἐξούλης* zu bringen. Ebensowenig besteht ein Grund dafür, außer dem sachenrechtlichen Prozeß auch Schuldverhältnisse einzubeziehen — in die *δίκη ἐξούλης*, ich will nicht sagen: in deren Grundgedanken.

Unklar scheinen die Nachrichten über den Erfolg der *δίκη ἐξ.* für den „Privatmann". Aber auch hierfür ist von der obigen Unterscheidung auszugehen. Wo davon gesprochen wird, *ἂν μὴ εἴσω τῆς προθεσμίας ἐκτισθῇ ὃ κατεδικάσθη ἀλλὰ γένηται ὑπερήμερος* oder dgl., liegt unmittelbar eine Judikatsschuld vor, die nach vereitelter Pfändung und durchgeführtem *ἐξούλης*-Prozeß erst recht noch da ist. In diesem Sinn sagt Dem. 21, 44: *ἄν τις ὀφλὼν δίκην μὴ ἐκτίνῃ, οὐκέτ' ἐποίησ' ὁ νόμος τὴν ἐξούλην ἰδίαν, ἀλλὰ προστιμᾶν ἐπέταξε τῷ δημοσίῳ. Δίκην ὀφλών* ist der Schuldner nach dem

ἐξελαυνόμενοι, δίκην εἰςάγουσιν κτλ. Die in den späten Nachbildungen erscheinenden Zusätze *ἤ τι τοιοῦτον* u. dgl. haben natürlich nichts zu bedeuten. Aber auch die Vorlage der von *ἐκβάλλειν* redenden Stellen in N. 3 und Pollux dachten ursprünglich an Grundstücke!

[1]) Herb. Meyer, Entwerung und Eigentum S. 7.

[2]) Nach dem bekannten Gesetz des Zaleukos behält der Besitzer den vindizierten Sklaven gegen Bürgenstellung, Polyb. XII 16; Plato Leg. 914 D wendet die Sequestration (*μεσεγγύημα*) auf den ordentlichen Prozeß an, worüber Partsch, Bürgsch. 339; usf.

ersten Urteil, *ἐξούλην*[1]) *ὀφλών* nach dem zweiten, wozu gehört, daß er nach wie vor dem Gläubiger schuldet (*τὴν ἐξούλην ἰδίαν*). Daß nun kein Pfändungsrecht mehr bestehen sollte, ist ziemlich ausgeschlossen, ebenso natürlich ist es aber, daß man es gern dem Staat überlassen haben wird, mit der öffentlichen Buße auch die private Schuld einzutreiben, was unsere Schriftsteller insofern mit Recht für den normalen Hergang halten und was denn auch in der freilich seltsam zusammengestoppelten Glosse Suidas *ἐξ*. 1. Art. für diesen Fall — Geldschuld — bestätigt wird[2]): *εἰςεπράττετο ὑπὸ τοῦ δήμου καὶ ἄλλο τῷ δήμῳ τοσοῦτον*. Dies entspricht vielen Analogien in anderen Rechten. Sobald Gewalttat vorliegt und der Staat ihretwegen verurteilt hat, greift er von sich aus mit magistratischem Ungehorsamverfahren ein, wozu in Athen wie in Rom die Vermögensbeschlagnahme gehören kann. Wie aber im andern Fall? Von einem Prozeßurteil, trotz welchem der Besiegte die *κτήματα* weiter besitzen konnte, während er nach Verlust des *ἐξούλης*-Prozesses sie nicht mehr behalten, sondern dem Sieger abtreten mußte, redet Harp. u. *οὐσίας δίκη*. Also hat der Sieger nach dem Urteil *ἐξούλης* die Sache zu bekommen. Im Wortlaut des Solonischen Gesetzes dagegen ist Zahlung des Wertes je an den Sieger und an den Staat bestimmt. Daraus darf m. E. nur geschlossen werden, daß nach der Praxis dem Sieger die Wahl zustand zwischen dem Geldwert nach der Prozeßschätzung oder der Ausübung seines sicherlich fortdauernden oder nun staatlich durchsetzbaren Selbsthilferechts.[3]) Nicht ganz undenkbar, aber nach dem Quellenstande unglaubwürdig wäre eine Kumulation von beidem.

Genauere Belehrung bieten die Quellen für das Pfändungsrecht. Das Recht zur eigenmächtigen Pfandnahme

---

[1]) So Hdss. AFS, wonach richtig Blaß und Butcher lesen, nicht *ἐξούλης* (scil. *δίκην*)! Vgl. Andok. 1, 73 *ὁπόσοι — ἢ ἐξούλας ἢ γραφὰς ἢ ἐπιβολὰς ὤφλον*.

[2]) Trotz Lipsius 673 N. 128.

[3]) Analoges scheint mir für die *δίκη ἐξαιρέσεως* zu gelten, unten VI.

[4]) Den Zweifel Thalheims, Realenz. 6, 1699, wird betreffs der Sache der Rechtsvergleicher nicht teilen; sonst vgl. Lipsius 222 N. 8.

steht dem Privaten nur aus besonderen Titeln zu, insbesondere nach Urteil — staatlichem oder schiedsgerichtlichem (Dem. 21, 81; [Dem.] 52, 16 bezeugen auch die *δ. ἐ.*) — und nach gemeingriechischen Rechtssätzen wegen Tierschadens und auf Grund der Exekutivurkunde[1]), lediglich gegen den Fremden in weniger beschränktem Maße. So sicher aber dieser namhafte Fortschritt gegenüber dem Urzustand des Faustrechts ist und so schön man daraus bereits die äußersten Anwendungsgrenzen der *δίκη ἐξούλης* entnehmen darf, so unvorsichtig ist doch die heute herrschende Anschauung, daß das Gerichtsurteil das Pfändungsrecht erst schafft, kreiert. Das ist eine moderne Vorstellung, der allenfalls auch jener späte Scholiast (oben S. 356 Anm. 1) huldigen mag, wenn er die Bußfolge der *δ. ἐ.* mit dem Ungehorsam nicht bloß gegen die Gesetze (Dem. 21, 44), sondern auch gegen die Richter erklärt, und der sich die Attiker bestenfalls genähert haben mögen. Die grundlegende Idee im Hellenismus und nicht minder in Athen ist vielmehr, daß das Recht zur Pfandnahme aus eben derjenigen Haftung fließt, die zur gerichtlichen Geltendmachung der Schuld die Voraussetzung bildet, aus der vertragsmäßig eigens übernommenen oder der schon von Rechts wegen geltenden.[2]) Bedürfte es dafür nach der Erkenntnis des Haftungsgedankens im griechischen Recht, die wir Partsch verdanken, noch eines Beweises, so liegt er schon in den bekannten Beispielen einerseits der Erlaubnis, andererseits des Verbots zum *ἐνεχυράζειν πρὸ δίκης* oder *κρίσεως*.[3]) Der Gläubiger darf im letzteren Fall erst nach einem Urteil pfänden, im ersteren ohne ein solches, vor einem solchen. Wo ein Urteil nötig ist, ermächtigt es bloß die Pfändung.

---

[1]) Von andern Titeln nennen Hitzig, Griech. Pfandrecht 62, nach Boeckh und danach viele andere ein Recht des Trierarchen, während die angebliche Quelle, Dem. or. 47 §§ 28. 33 ausdrücklich ein Urteil erwähnt, das von der *βουλή* als vollstreckbar erklärt wurde, und ein Recht des Choregen, das aber durch Antiphon 6, 11 nicht erwiesen werden kann, da dort vom Verfahren nichts gesagt ist.

[2]) Über diese Stufen der Entwicklung Partsch, Griechisches Bürgsch. R. 197.

[3]) Vgl. am besten Partsch, Bürgsch. 221. Diesen Tatbestand verkennt Raape, Verfall des griech. Pfandes 108 (zu P. Petrie III 26).

Genau Entsprechendes gilt z. B. bei dem Verbote des *ἄγειν πρὸ δίκης* und der Gestattung des *ἄγειν τὸν νενικαμένον* (Gortys I 2; II 1)[1]) und für das Recht des suus zur Besitznahme an der Erbschaft, während der Hausfremde dies nicht darf, *ὡς οὐ δεῖ τὸν ἐπίδικον κρατεῖσθαι κλῆρον πρὸ δίκης* (Dionys. Isai. 15, S. 614).

Im übrigen besteht ein Vergleich, den wir gerade hinsichtlich dieser Erscheinungsform der *δ. ἐ.* zu ziehen in der glücklichen Lage sind. Auch nach dem weitaus überwiegenden Bestand des deutschen mittelalterlichen Rechts darf mit Ausnahme besonderer Fälle der Gläubiger erst pfänden, wenn er durch Gerichtsurteil ermächtigt ist, dann aber mit privater Eigenmacht.[2]) Im älteren Rechtszustand bestand völlig freie Pfändungsmöglichkeit für jeden angeblichen Gläubiger. Dieser stand nun als Korrelat die Pfandwehr des Gepfändeten gegenüber, mit der Wirkung, daß sie der Pfändung ein definitives Ende machte. Doch konnte der Pfänder den Wehrer wegen der Wehrung um Buße, also um Missetat klagen und hatte danach das Ungehorsamverfahren und dessen indirekten Zwang für sich. Jetzt, wo der Titel des Gläubigers schon urteilsmäßig festgestellt ist, wirkt die Pfandwehr nur noch verzögernd auf den endlichen Zugriff — was nebenbei bemerkt zu denselben Verschleppungskünsten des Schuldners führt, wie sie Dem. or. 21, 81. 88 gegenüber dem Midias beklagt. Auch die Klage wegen der unberechtigten Wehrung verändert allmählich ihren Charakter. Wir müssen uns natürlich hüten, den Vergleich zu Tode zu hetzen. Ich weiß nicht und bezweifle, ob in irgendeiner deutschen Stadt im gegebenen Zeitpunkt das genaue Gegenstück der attischen *δ. ἐ.* erwuchs. Immerhin, mit jenen beiden großen einander langsam ablösenden Gedanken verglichen, nimmt sich das attische Recht als ein Mittelstadium aus. Derart angesehen, läßt sich dank der Verwertung der germanistischen, und

---

[1]) Ganz anders freilich hierüber Swoboda, ZSSt. 26, 209. 220.

[2]) Für das Folgende besonders wertvoll Planitz, Die Vermögensvollstreckung 1 (1912), 707ff., eine ausführliche, von der Kritik (A. Schultze, ZSSt. G. A. 33; Schreiber, Gött. Gel. Anz. 1912, 589) anerkannte Darstellung der verwickelten Vorgänge.

zwar namentlich der die Gebiete mit rechtsförmlicher Pfandwehr beschreibenden Schilderungen der Widerspruch des Gepfändeten folgendermaßen deuten: Der Pfänder darf nach erlangtem Urteil die Sachen des Besiegten nach freier Wahl pfänden, Fahrnis wie Sklaven, Vieh, Hausrat ([Dem.] 47, 37. 52f.) oder Grundstücke (Dem. 30, 2). Eine Schranke bildet wie nach den deutschen Rechten der uralte Hausfriede des Schuldners, der nach den Rednern sowohl die Schonung der Frauenehre, als das Verbot enthielt, „eigenmächtig die Türen aufzubrechen" (Planitz S. 738). [Dem.] or. 47 § 38 beschreibt dies anschaulich: *εἰς δὲ τὴν οἰκίαν εἰςῄειν, ἵνα ἐνέχυρόν τι λάβοιμι τῶν σκευῶν· ἔτυχε γὰρ ἡ θύρα ἀνεῳγμένη.* Wie im 15. Jahrh. geht daher die Behörde mit, um das Haus aufzuschließen (Schol. z. Aristoph. Wolken 37). Die Pfändungshandlung konnte der Gepfändete ursprünglich mit Gewalt ohne weiteres hindern (*σχεῖν κωλύειν*, *ἀφαιρεῖσθαι* u. dgl.), aber in dem geordneten Verfahren der Rednerzeit, wo zum Pfändungsrecht ein besonderer Titel gehört, dürfte nach der vorhin aufgestellten Vermutung die Wehrung sich des quasiförmlichen Widerspruchs bedienen; die *ἐξαγωγή* ist hier das Ausweisen des Pfänders aus dem Grundstück, das oder auf dem er pfänden will. Daß der Widerspruch die Pfändung einstweilen bis zum gerichtlichen Austrag beendigt, scheint mir unvermeidlich und wird dadurch bestätigt, daß wir die *ἐξαγωγή* regelmäßig vom Angreifenden respektiert finden; gerade dadurch erklärt sich auch am besten der Sachverhalt bei Dem. 32, 17—19, wo Zenothemis sie nicht beachten will (unten III). Der Austrag erfolgt durch die Klage des Pfänders wegen „Missetat", wobei bereits wie in dem vorgeschritteneren deutschen Prozeß die Gerichtsreden mehr vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis als von der zu büßenden Gewalttat handeln. Ist die Pfandwehr als unrechtmäßig erkannt, so wird der Wehrer dem Staat bußpflichtig auf die Höhe des Wertes (der Sachen) und bei Säumnis *ἄτιμος* wie dort „friedlos". Unterliegt der Kläger, so haftet er nach deutschem Recht wegen der unrechtmäßigen Pfändung auf die gleiche Buße. In Athen ist vom Gläubiger bei der Sicherungsübereignung leidlich bezeugt

und für jeden Zugreifenden wohl ganz selbstverständlich, daß er die Gefahr der Buße in einer *δίκη βλάβης* trägt, abgesehen von den Klagen infolge der beliebten Prügeleien, die mit außergerichtlicher Eigenmacht eben unzertrennlich sind (bes. [Dem.] or. 47; Klage des Gläubigers *ἐπὶ λύσει* wegen der Schläge, die er bei der Beschlagnahme erlitt [Dem.] 33, 13). Das *παρανόμως ἐνεχυράζειν* (Lampsakos CIG. II add. 3641 b.) steht sicherlich überall[1]) unter Strafe.

Praktisch wohl noch wichtiger als der Schutz des Gepfändeten selbst ist, wenn schon ein Urteil gegen ihn vorliegt, die Wahrung der Rechte Dritter, zumal an den Sachen, die sich im Hause des Schuldners befinden (vgl. [Dem.] 47, 57) und an freistehenden Grundstücken, deren Besitz zweifelhaft ist. Dem deutschen Entpfändungsverfahren ähnliche Maßnahmen begegnen uns in griechischen Rechten wiederholt und offenbar mit der gleichen Unterscheidung wie dort: gegenüber der Privatpfändung folgt ein durch eidlichen Widerspruch des Dritten charakterisierter Interventionsprozeß, dort aber, wo die Behörde bei der Pfändung mitwirkt, erfolgt ein Aufgebot, das zum Ausschwören Gelegenheit gibt.[2]) Das erstere ist aus einem gortynischen Gesetzesfragment[3]) bekannt, mit dem bezeichnenden Unterschied zwischen der Pfändung (freistehender) Bäume und Häuser und derjenigen von Hausrat in dem Hause, wo nach Behauptung des Pfänders der Schuldner wohnt. Das letztere bezeugt die Astynomeninschrift von Pergamon[4]), indem sie das öffentlichrechtliche und behörd-

---

[1]) S. auch Hitzig, Altgr. Staatsv. 42.

[2]) Planitz 518f.

[3]) Collitz-Bechtel (Blaß), GDI. 4986 = Recueil des inscr. iur. gr. 2, 325 = Kohler-Ziebarth, Stadtr. von Gortyn S. 36 Nr. 6a. Ich nehme mit Rich. Meister, Rhein. Mus. 1908, 571 an, daß die Ergänzung Z. 15f. *πλίες* willkürlich ist; da diese Stelle aber dunkel ist, darf man nicht aus ihr folgern, daß in Z. 11ff. zwei Eide enthalten sind; *τούτῳ μέν* und *ᾧ δέ* müssen zusammengehören. Ich sehe also vorläufig in beiden von dem Fragment betroffenen Fällen nur je einen Eid zugunsten des Intervenienten: 1. betreffs der [. . .] Bäume und des Hauses: diesem gehört es rechtmäßig ehe der Prozeß erhoben wurde, dem Gepfändeten aber nicht; 2. betreffs der Pfändung *ἐς στέγας*: nicht wohnt darin der Gepfändete.

[4]) Ditt. Or. graec. 483 l. 85. Dazu Hitzig, ZSSt. 26, 439. 483; Pappulias, *Ἐμπραγ. ἀσφ.* 176. — In welche Gruppe die eidliche Inter-

liche Vollstreckungsverfahren nach der Beschlagnahme fünf Tage aussetzen läßt, während deren ein Dritter die Pfänder ausschwören kann (*ἐὰν μηθεὶς ἐξομόσηται τὰ ἐνεχυρασθέντα ἐν ἡμέραις πέντε*); daß die Rechtmäßigkeit der Pfändung dabei bestritten werden konnte, ist denkbar, sicher aber fand hier vor allem der Widerspruch eines Dritten aus eigenem Recht seinen Platz.

In Athen wird nun das Wehrungsverfahren unmittelbar auch für Rechte Dritter verwendet. Es ist nur nicht ganz leicht zu sehen, mit welchen Beschränkungen, etwa wenn man an eine Pfändung im Hause des Dritten denkt. —

In unserer Literatur ist streitig, ob der *ἐξάγων* Besitzer sein müsse, und wenn nicht, ob ein Nichtbesitzer durch die *ἐξαγωγή* den Besitz ergreife.[1] Ist das entworfene Bild richtig, so hat zunächst einmal die Pfandwehr mit dem Besitz des Wehrers nichts zu tun, sondern ist die Bestreitung des Pfändungsrechts entweder wegen Nichtigkeit des Titels — analog Dem. or. 32 — oder auf Grund behaupteten entgegenstehenden Rechts. Auf diesen Punkt wird in der folgenden Exegese bei sämtlichen Belegstellen der *δ. ἐ.* zu achten sein.

Dem. or. 30. Demosthenes hat die Verurteilung seines gewesenen Vormunds Aphobos mit *δίκη ἐπιτροπῆς* durchgesetzt und pfändet nach der Urteilserfüllungsfrist ein Grundstück des Aphobos. Onetor begegnet dem mit *ἐξαγωγή* „für" (*ὑπέρ*) seine Schwester (§§ 4. 8), der das Land angeblich als Hypothek (*ἀποτίμημα*) zugunsten ihrer Mitgiftforderung haftet und offenbar schon verfallen sein soll. Wer das Grundstück zur Zeit des Pfändungsversuchs besaß, ob der Gegner oder Aphobos, scheint zwischen den Parteien bestritten. Der Redner behauptet sogar, der Gegner habe in

---

vention des Menippos *φάμενος αὐτ[οῦ εἶναι]* erg. Mitteis Chrest. Nr. 37, P. Hib. 32; 246 v. Chr. gehört, gilt noch nicht als ausgemacht; s. Lewald, Personalexekution 42 N. 2; Raape, Verfall des griech. Pfandr. 105. Der bei Raape 142 verwertete P. Eleph. 22 ist von Spiegelberg, Demot. Studien, Heft 2 S. 16 veröffentlicht, dazu Griffith, Gött. Gel. Anz. 1909 I 85, und wird von Sethe und Partsch in den „Bürgschaftsurkunden" neu erörtert werden (nach gefl. Mitteilung Sethes).

[1]) Dies ist die von Mitteis, ZSSt. 23, 274ff. aufgestellte Ansicht.

einer außergerichtlichen Verhandlung zugestanden, daß nicht er, sondern Aphobos das Land noch bebaute (§§ 27. 30), — nämlich vor dessen Verurteilung i. J. 363 (§§ 28. 30), aber nach der Eintragung der Scheidung der Schwester vom Aphobos (§ 26) am 1. Dez. 364 —, und er habe geduldet, daß Aphobos nach seiner Verurteilung die Früchte und den Bestand ausräumte (§§ 28f.). Schließlich stand das Grundstück, u. z. wohl schon im Zeitpunkt der Exagoge nackt (§ 28), also ohne sichtbaren Besitzer. Keinesfalls aber erkennt Dem. bei seiner Klage den Besitz des Onetor an, und der Prozeß dreht sich auch nicht um die Frage, ob Onetor Besitzer und als solcher zur Exagoge legitimiert wäre. Der Redner ist von solchem Gedankengang weit entfernt. Er beruft sich sowohl darauf, daß Aphobos noch das Landstück genieße, als gleichzeitig darauf, daß er noch mit der Frau zusammenlebe, und will mit alledem nur zum Nachweis beitragen, daß das Pfandrecht, die Scheidung und der Pfandverfall simuliert seien. Dies ist für die Rede gegen Zenothemis von Belang, für das Wesen unserer *δίκη* aber entscheidend. Wie es scheint, macht das Pfändungsrecht vor dem Besitze des Dritten an freiliegenden Grundstücken nicht halt. Sicher stützt sich das Recht zum Widerstand hier auf ein Recht aus besonderem Titel, ist Äußerung der Intervention. Man hat viel Wert darauf gelegt, daß der Redner das Pfandrecht der opponierenden Partei gänzlich leugne. Leist S. 52 wollte damit erklären, daß nicht eine Diadikasie ausgefochten werde, die doch (angeblich) allein dazu bestimmt sei, die beiderseitigen Rechtstitel zu vergleichen. Beauchet 402 und Lipsius 668 wollen ihrerseits damit erklären, wieso Demosthenes das Urteil gegen Onetor vollstrecken könne, gegen den als einen Dritten die Rechtskraft des Urteils nicht durchdringe. Aber alle diese Bedenken gehen selber fehl. Würde der Redner nicht eine Leugnung wagen, sondern bloß seinen Vorrang dartun können oder wollen, so wäre die Prozeßlage nicht um ein Haar anders.

In Dem. or. 21 § 81 behauptet Demosthenes, er habe auf Grund des Strafurteils gegen Meidias nichts bei diesem

gepfändet (*οὐδενὸς ἡψάμην τῶν τούτου*), sondern bloß „die *ἐξούλης* wiederum" angestellt, was aber noch immer zu keinem Ergebnis führte. Daraus scheint hervorzugehen, daß die *δίκη ἐξούλης* ihr natürliches Wesen genug verändert hat, um auch ohne Pfändung zu dienen[1]), also der historischen römischen actio iudicati wirklich nahe zu kommen oder der späten, durch die Gerichtlichkeit der Pfändung bedingten Gestalt der deutschen Klage des Pfändungsbegehrenden wegen Schuldleugnung. Aber man kennt diese rednerischen Selbstbelobigungen — eine solche will es sein —; wenn der Gegner es verstand, die Sache 16 Jahre[2]) lang mit Kniffen hinauszuziehen, so wird allerlei zwischen den Parteien vorgegangen sein. Daher mag es wohl das Richtige treffen, wenn Lipsius 952 für die Anstrengung unserer Klage ohne vorausgegangenen Versuch der Pfändung „keinen Beleg" sieht, also diese Stelle ignoriert.

Die *δίκη ἐξούλης* wird, wie öfter etwas unklar bemerkt worden ist[3]), in einer Darlehensurkunde von Arkesine auf Amorgos aus dem 2. Jahrh. an drei Stellen erwähnt. Richtigerweise muß aber außerdem die eine Stelle in Verbindung mit einer entsprechenden Klausel eines andern Vertrags von Arkesine gebracht werden, indem es nach Einräumung des Pfändungsrechts gegen das Vermögen der Stadt und Bürger von Arkesine heißt:

im Vertrag des Praxikles von Naxos l. 33 (Syll. 517 = Recueil IJG. 1, 314): *Ἐὰν δέ τις Ἀρκεσινέων ἀφαιρῆται ἢ τῶν οἰκούντων ἐν Ἀρκεσίνηι τοὺς πράττοντας ἢ ἐνίστηται τῆι πράξει τρόπωι ἢ παρευρέσει ἡιτινιοῦν, ἀποτεισάτω Πραξικλεῖ τάλαντον ἀργυρίου καὶ πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον καθάπερ ὠφληκὼς δίκημ Πραξικλεῖ ἐν τῇ ἐκκλήτωι κατὰ τὸ σύμβολον τέλος ἐχούσηι κτλ.*

im Vertrag des Alexander von Amorgos l. 36 (Recueil 1, 318): *Ἐὰν δέ τις ἀφαιρῆται τῶν Ἀρκεσινέων τὰ ἐνέχυρα ἢ τῶν οἰκούντων ἐν Ἀρκεσίνηι τοὺς πράττοντας ἢ*

---

[1]) So Thalheim, Rechtsalt. 134 N. 4; bei Pauly-Wissowa, Realenz. 6, 1699. [2]) Lipsius 903 N. 5.

[3]) Z. B. Lécrivain 928: c'est donc la même système qu' à Athènes! Dagegen van Meurs 56, aber die Tragweite der Klauseln hat er nicht gewürdigt.

ἐνίστηται τῆι πράξει ἢ ἄρχων ἢ ἰδιώτης — ἀποτεισάτω — ⟨3000⟩ Drachmen — *καὶ πρακτὸς ἔστω τοῦτο τὸ ἀργύριον ὡς ὠφληκὼς δίκην Ἀλεξάνδρωι ἐξούλης ἐν τῇ ἐκκλήτωι καὶ ὢν ὑπερήμερος κτλ.*

Im letzteren Fall und ebenso an zwei anderen Stellen derselben Urkunde (l. 15. 31) wird die Exekutionsreife einer Schuld durch die Fiktion nicht eines gewöhnlichen Urteils sondern einer Verurteilung mit *δίκη ἐξούλης* gekennzeichnet. Der Verfasser der Urkunde will die übliche Exekutivklausel in dieser Art steigern, der Gläubiger soll wie am Endpunkt jedes ordentlichen Verfahrens stehen, der vertragsmäßige Rückschritt zur Eigenmacht soll restlos geschehen. Dieser Gedankengang ist vielleicht wertvoller, als gerade der anscheinende Beweis für das Auftreten der *δίκη ἐξούλης* im subsidiären Recht. Denn, da keine andere Urkunde von ihr etwas weiß, bleibt der Zweifel, ob die eine Inschrift wirklich „von durchschlagender Beweiskraft für die Übernahme einzelner Institutionen des attischen Prozeßrechts“[1]) in das Recht der amorginischen Städte ist, oder ob nicht dieser Verfasser sich von einem attischen Formular beeinflussen ließ.

Um so schöner beleuchten wiederum die beiden abgedruckten Stellen noch eine andere Seite der Rechtsvorstellungen. Gegenüber der Pfändung soll jedes Gegenrecht ganz ausgeschlossen werden, Pfandwehr und Entpfändung sind unzulässig, jede Hinderung der privaten Exekution sozusagen strafbare Pfandweigerung. Die Ausdrücke *ἀφαιρεῖσθαι* und *ἐνίστασθαι* entsprechen dem *ἐξίλλειν*, dem *ἐξείργειν, ἀφαιρεῖσθαι* bei Harp., dem *σχεῖν κωλύειν* usf. unter Einbeziehung der Fahrnis. In den Urkunden ist keine Rede davon, daß nur der Besitzer wegen Hinderung verfolgt wird, ein Archon, was ausdrücklich gesagt ist, wie in Gortys I 50, daß der Kosmos nicht eigenmächtig *ἄγειν* darf — und jeder Einwohner macht sich auf gleiche Weise

---

[1]) So Hans Weber, Att. Prozeßrecht 33. Er verkennt, daß es mit dem Formular stets etwas anderes ist, als mit dem Prozeßrecht. Die Frage, ob die heute als gemeingriechisch zu bezeichnende Klausel *καθάπερ ἐκ δίκης* aus Athen stammte, braucht also nicht berührt zu werden.

straffällig. Das sind wirklich die gedanklichen Grundlagen der δίκη ἐξούλης, von denen aus ihr rechtspolitischer Fortschritt, mit dem Hindernden auch den Gläubiger dem Gerichtsverfahren zu unterwerfen, deutlich erkennbar ist. Dagegen ändert sich die ganze Sachlage von Grund auf, sobald eine Behörde maßgeblichen Einfluß auf die Privatpfändung erhält — es würde denn diese noch als Notaushilfe beim Versagen der Beamten zugelassen.[1])

IV. Pfandrechtsausübung.

Ein attischer Pfandgläubiger (im weiteren Sinn), der einstweilen keinen unmittelbaren Besitz erhielt, kann, gleichgültig ob Sicherungskauf (*πρᾶσις ἐπὶ λύσει*), *ὑποθήκη* oder *ἀποτίμημα* vereinbart ist, nach Verfall des Pfandes an ihm eigenmächtig Besitz ergreifen (*ἐμβατεύειν*, *ἐπιλαμβάνειν*). Wird er von „jemandem" gehindert, *κωλυόμενος ὑπό τινος*, wie Harp. sagt, so stellt er gegen ihn die *δ. ἐ.* an. Wenn in [Dem.] 33, 9—12 das beschlagnahmte Schiff verkauft und verwertet wurde, so hat Apaturios, der ein widerspenstiger Schuldner war und anläßlich der Arrestierung der mitverpfändeten Sklaven Prügel austeilte (§ 13), sich doch der Vollstreckung in das Schiff nicht widersetzt, einen richtigen Widerspruch offenbar gar nicht erhoben.

Dem. or. 32 gegen Zenothemis wird meistens als Verteidigung gegen eine *δ. ἐξούλης* aufgefaßt[2]) und ich halte dies für richtig. Allerdings ist das Hauptargument dafür gerade, was selbst erst mit dieser Auslegung der Rede bewiesen wird, daß die Exagoge als Grund keiner anderen Klage vorkommt. Gegenüber der herrschenden nebelhaften Auffassung der *δ. ἐ.* zog es denn auch niemand Geringerer als Mitteis[3]) vor, anzunehmen: Zenothemis, der offenbar einen hypothekarischen Anspruch geltend macht, klage dinglich, und die Exagoge, die gegen ihn Demon ausführt, bedeute die Übernahme der Besitzer- und Beklagtenrolle für diesen Prozeß. Nun möchte ich ausdrücklich betonen,

---

[1]) Wie in der Lokrischen Mädcheninschrift (Jahresh. öst. arch. Inst. XIV) nach Wilhelms Ergänzung Z. 20 § 14.

[2]) Seit Philippi, Jahrb. f. klass. Philol. 13 (1867) 584.

[3]) ZSSt. 23, 288ff.

daß mit meiner Anschauung vom Wesen der δ. ἐ. ihre materielle Verwendung für die Entscheidung über die dinglichen Rechte der Parteien geradezu gefordert ist und das Absterben des pönalen Elements unzählige Parallelen haben würde. Insofern stimme ich auch mit Leist 56 überein. Aber freilich scheint das attische Recht der Rednerzeit den Deliktscharakter mit allem, was drum und dran hängt, noch deutlich ausgeprägt zu halten. Die Erzählung der Rede paßt sich wohl nur in den oben geschilderten Rahmen der δ. ἐ. ein.

Nach Mitteis' überzeugender Darstellung behauptet Zenothemis, dem Schiffer Hegestratos ein Seedarlehen gegeben zu haben, für das die Getreidefracht als Pfand hafte, und hat er ein dringendes Interesse daran, den deshalb entstehenden Prozeß nicht mit Protos, der auf dem Schiffe mitfuhr, sondern mit dessen angeblichem Chef, dem attischen Importeur Demon auszufechten. Demon leugnet jenes und stellt den Protos als Eigentümer des Getreides hin, sich selbst als Pfandgläubiger aus Seedarlehen. Protos stimmt zuerst diesem Standpunkt zu, später schwenkt er zu Zenothemis ab, teilt aber wohl dauernd dessen Behauptungen insofern nicht, als er das Getreide für Demon gekauft haben will, während nach Zenothemis Hegestratos der Eigentümer sein mußte. Welche Spekulationen bei alledem die Parteien leiteten, lese man bei Mitteis nach. Eines aber ist wohl schon allen Bearbeitern aufgefallen.[1])

Das Getreide wurde bei der Ankunft im Piraeus gelöscht und von Protos in Besitz genommen (§ 14 *τὸν δὲ σῖτον ὁ ἠγορακὼς* [sc. Protos] *εἶχεν*). Zenothemis kommt in Begleitung des Agenten des Demon und nimmt das Getreide in Anspruch (*ἠμφεσβήτει τοῦ σίτου*). Darauf § 17: *ἐξῆγεν αὐτὸν ὁ Πρῶτος — οὑτοσὶ δ' οὐκ ἐξήγετο, οὐδ' ἂν ἔφη διαρρήδην ὑπ' οὐδενὸς ἐξαχθῆναι, εἰ μὴ αὐτὸν ἐγὼ ἐξάξω*, d. h. nach der üblichen Übersetzung „Protos versuchte ihn herauszu-

[1]) Thalheim, Hermes 23, 205f. würdigt die Schwierigkeit, weiß sie aber von seiner Auffassung der Rede aus nicht anders zu erledigen, als daß er dem flunkernden Redner die ganze Geschichte von der vereitelten *ἐξαγωγή* nicht glaubt. Die Ratlosigkeit Früherer malt sich bei Philippi 585.

führen" (Imp. de conatu), „Zenothemis aber ließ sich nicht hinausführen, und erklärte ausdrücklich, von niemandem andern sich hinausführen zu lassen als von mir". Ist nun das Hinausführen Übernahme der Passivlegitimation für den petitorischen Prozeß, wie sollte Zenothemis als Nichtbesitzer darüber entscheiden dürfen, wen er als Besitzer und Beklagten anerkennen wolle? Etwas rätselhaft ist außerdem, wieso dem Demon nach jener Weigerung zu seiner Verzweiflung nur die einzige Wahl blieb, entweder selbst „den Zenothemis auszuweisen oder sein aus den Seegefahren gerettetes und gegenwärtiges Gut (d. h. die Pfandsache, an der er die Gefahr trug) zu verlieren" (§ 18 a. E.). War Protos Eigenbesitzer oder etwa Detentor, Käufer auf eigene Rechnung oder mittelbarer Stellvertreter — unmittelbarer m. E. überhaupt nicht —, Demon konnte sich doch immer aus dem inneren Verhältnis an ihn halten und den Zenothemis vorläufig ignorieren? Dies erklärt sich nun wohl so: Zwar hat Protos bei der Ausschiffung zunächst Besitz ergriffen, und später „übernimmt" Demon von ihm „das Getreide" (§ 20), zwischendurch aber hat es Zenothemis beschlagnahmt. Dazu braucht er keinen Beweis. Auch der vorgebliche Pfandgläubiger hat die Zugriffsmöglichkeit. Wenn er dann *εἴχετο τοῦ σίτου* (§ 17), so muß das nicht unbedingt „Besitz" bedeuten (wie z. B. in Isae. 5, 21), doch mindestens eine Verfangenschaft. Um ihn an weiteren Vollstreckungshandlungen zu hindern, muß Ausweisung erfolgen. Diese hat Protos, soviel an ihm liegt, vollzogen. Daß er keine Konsequenzen daraus zieht, kommt wahrscheinlich in der Hauptsache davon, daß er bereits auf die Seite des Zenothemis umgefallen ist. Wie aber ist die formale Lage der Parteien? Wieso hängt es von Zenothemis ab, ob er sich die Exagoge gefallen lassen will? Wenn das *ἐξάγειν* eben nicht die Übernahme der Besitzerrolle bedeutet, sondern nur Protest ist, so will Zenothemis mit seiner Weigerung, sich ausweisen zu lassen, einfach die Anerkennung der Einspruchswirkung verweigern und erklären: um deine Wehrung kümmere ich mich nicht, ich setze die Vollstreckung fort. So käme Protos in die Lage, entweder seinerseits die Aneignung des Zenothemis zu

ignorieren, was selbst für einen gut Berechtigten ein Wagnis wäre, oder seinerseits gegen Zenothemis mit *δίκη βλάβης* aufzutreten. Protos will aber keines von beiden, er will sich in Athen gar keinen Weiterungen aussetzen, sondern nur in Sizilien prozessieren (§§ 18. 19). Wünscht daher Demon die Einstellung der weiteren Pfandausübung, so bleibt ihm wirklich nichts übrig, als selbst *ἐξάγειν*. Damit hat Zenothemis sein Ziel erreicht, die *δίκη ἐξούλης* mit der Vorfrage des Rechts gegen Demon anstellen zu können.

Die Verteidigung Demons ist zwar mit *παραγραφή* erfolgt, bekämpft also die Einführung der Klage in das Gericht. Aber die breite Beschäftigung der Rede mit den beiderseitigen Rechtstiteln hat keine Beziehung zu den Gründen der Paragraphe, sondern bestreitet das Pfändungsrecht des Klägers ihm gegenüber; „als ob der Prozeß ohne *παραγραφή* eingeführt worden wäre" (*ὡς τῆς εὐθιδικίας — εἰςηγμένης*), bemerkt die Hypothesis richtig.

Nunmehr können wir auch dem anscheinend ganz besonders gelagerten *ἐξάγειν* bei Isaios or. 5 § 22 eher gerecht werden. Der Sprecher Menexenus behauptet, Dikaiogenes III habe ihm und seinen Verwandten im Prozeßvergleich die Erbschaft abgetreten[1]), gibt sich also als derivativer Erwerber. Fast alle Erbschaftssachen sind aber im Besitz von Gläubigern des Zedenten (§ 21). Wenn der Redner letztere *πριάμενοι καὶ θέμενοι* nennt, so befinden sich sicher Erwerber *ἐπὶ λύσει* darunter, nicht sicher, ob auch Pfandgläubiger im engeren Sinn. Redner will sie nicht *ἐξάγειν*. „Denn als wir den Mikion hinausführten aus dem Badehaus, sind wir 40 Minen Buße schuldig geworden." Dikaiogenes gab nämlich, entgegen seinem Versprechen, dem Mikion seine Gewährleistung. Dieser Prozeß dürfte lediglich als *δίκη ἐξούλης* erklärbar[2]) sein, es wurde nur immer als Anomalie empfunden, daß der Gläubiger hier im Besitze ist. Daß der Sprecher ihm diesen einfach weg-

---

[1]) Über die Zweideutigkeit des *ἀφίστασθαι* Rabel, ZSSt. 27, 323; Partsch, Bürgsch. 203.

[2]) Lipsius 667 N. 109.

nehmen konnte, ist undenkbar. Einen petitorischen Pfandprozeß gegen den Sprecher zu führen, hatte Mikion also keine Veranlassung. „Besitzstörungsklage“ ist die δ. ἐ. überhaupt nicht. Anders wenn Menexenus den Mikion an der endlichen Vollstreckung hindern will und dies den Grund der Klage abgibt.

Ein Zweifel drängt sich allerdings auf. Ist das Pfand nicht schon verfallen? Wenn ja, so würde die Notiz des Pollux VIII 59 *καὶ μὴν καὶ εἰ ὁ μὲν ὡς ἐωνημένος ἀμφισβητεῖ κτήματος, ὁ δὲ ὡς ὑποθήκην ἔχων, ἐξούλης ἡ δίκη* einen weiten Sinn erhalten. Doch ist von Verfall nichts gesagt, und das würde man wohl erwarten. Sicher ist nur der mit dem Grundgedanken viel besser verträgliche Dienst der Klage für den in den Pfandbesitz gelangten Gläubiger bis zum Verfall, der ihm Eigentum verschafft (sei es zum Behalten oder zum Verkaufen.[1])

Daß zwischen Hypothek und Sicherungskauf für unsere Frage unterschieden werden müßte, ist ausgeschlossen. Der letztere ist in Athen genug dem Sicherungszweck angepaßt[2]), um das Eigentum des Gläubigers, wenn etwa nicht auflösend bedingt, so doch materiell als eine Anwartschaft erscheinen zu lassen. Der Verkäufer *ἐπὶ λύσει* betrachtet die übereignete und ihm zurückverpachtete Sache noch als die „seinige“ und klagt wegen unberechtigter Beschlagnahme mit *δίκη βλάβης*, wie sich wohl aus Dem. 37, bes. § 25, entnehmen läßt.

IV. Sonstige Fälle.

A. In Isaios or. 3 § 62 will der Sprecher nachweisen, daß die Gegnerin Phile nicht die eheliche Tochter des Pyrrhos sei. Sie hat beim Archon die Einweisung in die Erbschaft verlangt, als echtes Kind wäre sie eigenmächtig in die väterliche Erbschaft gegangen *καὶ εἴ τις αὐτὴν ἀφῃρεῖτο ἢ ἐβιάζετο, ἐξῆγεν ἂν ἐκ τῶν πατρῴων καὶ οὐκ ἂν ἰδίας μόνον δίκας ἔφευγεν ὁ βιαζόμενος, ἀλλὰ καὶ δημοσίᾳ εἰσαγγελθείς* usw. Wer Subjekt zu *ἐξῆγεν* ist, die Tochter oder der Gewalttäter, ist bestritten und offenbar zweifelhaft.

[1]) Raape, Verfall des griech. Pfandes, bes. 145; auch Pappulias, *Ἐμπρ. ἀσφ.* 132; van Meurs 61. [2]) Rabel, ZSSt. 28, 354f.

Da es Meier, Thalheim z. d. St. und Lipsius[1]) verantworten, dürfen wir das letztere wählen, was sachlich allein befriedigt, und übersetzen: sie hätte den tatsächlichen Erbschaftsbesitz ergriffen und wenn jemand ihr ihn wegnehmen oder Gewalt anwenden wollte, so hätte er sie damit aus dem Vatergut ausgewiesen und nicht bloß private Klagen, sondern auch die öffentliche Eisangelie (*κακώσεως*) auf sich gezogen. Daß das wichtigste private iudicium die *δ. ἐ.* war, dafür gibt es keinen Beweis, aber ein Zweifel an dieser heute allgemeinen Annahme wäre hyperkritisch. Der Sachverhalt stimmt zum sonst bekannten Erbrecht. Ein ehelicher Nachkomme als Erbe übt mit seiner Embateusis befugte Eigenmacht. Hindert ihn ein anderer Erbschaftsprätendent, so führt der Widerstand zur Klage wegen des *ἐξάγειν* als einer Gewalttat. Schließlich käme es auch nicht darauf an, wenn die Klage in diesem Fall anders geheißen hätte. Jener Weg wurde in Athen ursprünglich wohl als der normale betrachtet, denn die Diamartyrie des suus gegen die heute (ungenau) sogenannte „Erbklage" eines andern Ansprechers: *μὴ ἐπίδικον εἶναι τὸν κλῆρον* besagt, die Erbschaft unterliege keiner behördlichen Entscheidung, nicht bloß keiner Besitzeinweisung, und ist Verweigerung der „Antwort". Es würde sich eine Untersuchung lohnen, wie sich beide Rechtsmittel zu der deutschen Klage von Erbes wegen verhalten, die der bei der körperlichen Besitznahme auf einen Nebenbuhler stoßende Erbe auf Grund seiner sog. „ideellen" Gewere anstellt.

Nach Dem. or. 44 § 32 ist der Sprecher, ein Seitenverwandter, beim Erbfall in das Vermögen gegangen und von Leostratos ausgewiesen worden. Er erscheint als zur Embateusis keinesfalls befugt, sobald ihm ein anderer mit der Behauptung *αὑτοῦ εἶναι* Widerspruch entgegensetzt. So wagt er auch nicht *δ. ἐ.* anzustellen, sondern beantragt nur ordnungsmäßig beim Archon die Besitzeinweisung (§ 34).

Rund 950 Jahre nach der 3. Rede des Isaios kehrt die *ἐξαγωγή* noch in dem Vergleich vom J. 574, Pap. München 1

---

[1]) S. 669 N. 117. Nicht verständlich ist mir danach nur, warum im Text Lipsius doch den Besitzer die *ἐξαγωγή* ausüben lassen will.

Z. 16 wieder. Die Geschwister haben durch ihre Mutter den Erbschaftsbesitz genommen und „machen die ἐξαγωγή“ gegen einen vierten Sohn, behauptend (φάσκοντες), daß sich noch etwas vom Nachlaß bei ihm befinde. Bezieht man dies auf seinen angeblich ergriffenen Besitz eines Erbschaftsteils, während er nicht seinen Titel entgegenhält, sondern seine Besitznahme bestreitet, so ist der Protest der Geschwister damit ganz hübsch bezeichnet. Eine wirkliche Gleichung mit dem attischen Recht ist natürlich nicht anzunehmen.[1])

B. Pollux VIII 59 *δ. ἐ. γίνεται, ὅταν τις τὸν ἐκ δημοσίου πριάμενον μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι ἃ ἐπρίατο.* Ein sehr bekannter griechischer Rechtssatz umkleidet den Kauf und die Pacht vom Staat mit der Autorität des unanfechtbaren Titels.[2]) Damit ist freilich noch nicht unmittelbar gesagt, daß der Erwerber nach dem Zuschlag sich eigenmächtig in den Besitz setzen darf. Aber was Pollux bezeugt, daß unsere Strafklage seine Fruchtziehung so schützt, wie das Ersiegte, paßt zu der beliebten Zusammenstellung der sichersten Erwerbstitel: Verkauf des Staats und Urteil des Gerichts hinsichtlich der Rechtskraft (Gesetz bei Dem. 24, 54, dazu Dem. 37, 19). Man darf gewiß den Tatbestand der *δ. ἐ.* analog denken wie nach dem zusprechenden Urteil.

C. Vertreibung aus einem Bergwerk wird kraft des *μεταλλικὸς νόμος* (Dem. 37, 35): *ἄν τις ἐξείλλῃ τινὰ τῆς ἐργασίας* gebüßt, und ein solcher Fall ist durch Dionys. Hal., Dein. 13 S. 667 anscheinend belegt. Doch welche Beziehung dies zu unserer Klage hat, steht gänzlich dahin.

V. Zu den Erfordernissen der durch *δίκη ἐξούλης* geschützten Zugriffsrechte.

Der Vorsicht wegen ist es geraten, von dem letztgenannten Fall, von der Klage „wegen der Priesterin“ (Harp. Nr. 6) und der sehr vermutungsweise erschlossenen

[1]) Wie dem Hsg. Wenger S. 32 unbedingt zuzugeben ist.

[2]) Leist 46; Thalheim in Realenz., *δημιόπρατα* und *ἐνεπίσκημμα*; Partsch, GGA. 1910, 739; Arch. f. Pap.-F. 5, 501; Raape, Verfall 141.

ἐπεϱγασία (Harp. Nr. 4) im folgenden abzusehen. Es verbleibt also bei den bekannten vier Fällen, wonach die δ. ἐ. haben:

1. der Inhaber eines urteilsmäßig festgestellten Rechts an einem Grundstück und der pfändungsberechtigte Gläubiger,
2. der Pfandgläubiger,
3. der suus heres (γνήσιος).
4. der Pächter und Käufer vom Staat.

Wie Isaios 5, 22 für den Pfandgläubiger, wohl auch 3, 62 für den Erben lehrt und die Grammatiker für die andern Fälle bestätigen, steht der Besitznahme die Erhaltung im schon gewonnenen Besitze im allgemeinen gleich. Unmöglich können wir aber angesichts des ganzen Sachverhalts fehlgehen, wenn wir in dem Recht des Klägers auf eigenmächtige Besitznahme den Zweck und ein Kennzeichen der Auslese dieser Fälle erblicken. Im Rahmen einer Rechtsordnung, die eine schrankenlose aggressive Selbsthilfe nicht mehr kennt, stellen sie sich also von vornherein als privilegierte Fälle dar. Dadurch ist jeder scheinbare Schluß vom Größeren zum Geringeren, wie z. B.: wenn der Pfandgläubiger die Klage hat, muß sie doch um so mehr dem Eigentümer, der den Besitz verloren hat, zustehen — von vornherein verurteilt. Im Gegenteil, der Eigentümer eines Grundstücks braucht in solcher Lage sicher das Urteil zur ἐμβατεία. Wo die außergerichtliche Zugriffsmacht fehlt, kann nicht von δ. ἐ. die Rede sein. Umgekehrt ist damit noch lange nicht gesagt, daß jedes Selbsthilferecht gerade zur δ. ἐ. führt (unten VI).

Gegenüber dem verallgemeinerungssüchtigen Geiste der bisherigen Literatur mußte dies alles ausdrücklich bemerkt werden. Für uns könnte es sich höchstens fragen, ob es trotz der Dürftigkeit der Quellen gelingen mag, den Entwicklungskräften näher zu kommen, vermöge deren das attische Recht seine Fälle der Eigenmacht hervorbrachte und den Gründen, die nachmals jene besonderen Fälle für längere Zeit absonderten. Waren diese Gründe für jeden Fall verschieden oder sind es solche, die notwendig über

die überlieferten Tatbestände hinausreichten? Diese Fragen sind m. E. höchst schwierig! Der verdienstvollste Bearbeiter der *δ. ἐ.*, G. A. Leist, hat dennoch Andeutungen gewagt. „Der suus heres, der Erwerber vom Staat, der Sieger im Prozeß und der Pfandgläubiger haben das Recht . . ., weil sie im Besitze eines Rechtstitels sind, demgegenüber eine *ἀμφισβήτησις*, d. h. ein Streit über bessere Berechtigung nicht möglich ist, der damit zu sofortiger Exekution (richtig: Selbsthilfe) berechtigt.“ Dies im einen Fall, weil das Judikat vorhergegangen sei, in den anderen dreien, „weil wir es mit Rechtsverhältnissen zu tun haben, denen eine gewisse Publizität anhaftet“. Leider war Leists Darstellung durch manche exegetische Irrtümer getrübt und im Banne des Grammatikers schritt er sogleich zur Nutzanwendung des dogmatisierten Grundsatzes auf andere Fälle, „wo sonst ein Streit um bessere Berechtigung nicht stattfinden kann“. Gerade der Prozeß des Mikion in Is. or. 5, auf den sich der genannte Gelehrte berief, zeigt, daß zwei Inhaber besonderer Titel miteinander durch *δ. ἐ.* streiten können. Daß dies nur dann zutreffen sollte, wenn sie ihr Recht beide vom gleichen Vormann ableiten, ist eine Verlegenheitsannahme, mit der auch der „einseitig-relative Eigentumsprozeß“ Leists dahinfällt.

War Leist nicht doch auf der richtigen Spur? Vielleicht! Allein sie führt in ein dornenvolles Dickicht, das umfassender Lichtung erst harrt. Ich will mich meinerseits nicht der Pflicht entziehen, zu den erfolgten Anregungen einigermaßen Stellung zu nehmen, glaube aber in dieser Abhandlung die aufzuwerfenden Fragen sehr rasch wieder verlassen zu müssen.

Keine Erklärung braucht es, daß der Urteilsinhaber auf einer Mittelstufe der Entwicklung seinen privaten Zugriff üben darf, da das Gericht doch schon einmal entschieden hat. Für ihn wirkt dann noch und desgleichen für den ihm gleichgestellten Kontrahenten des athenischen Staates die von den Rednern stark empfundene Rechtskraft zufolge der Autorität des Staatsaktes. Nicht ganz im selben Sinn ist der unmittelbare Erbschaftserwerb „unbestreitbar“, wenngleich der Nachlaß *ἀνεπίδικος* heißt und

niemand gegen ihn streiten würde (Is. 3, 61), vollends gilt nichts dergleichen vom Pfandgläubiger.

Aber für die ursprüngliche Zulässigkeit aller Eigenmacht in ihrem archaischen breiten Umfang ist „Unbestreitbarkeit" in einem vageren Sinn gewiß stets Voraussetzung gewesen, obwohl nur in der Art dessen, was beispielsweise nach Amira[1]) von der Selbsthilfe in altnorwegischen Privatrechtsverhältnissen galt: „Allgemein wird hier vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältnis unbestreitbar sei. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß in allen liquiden Rechtsverhältnissen eben die Unbestreitbarkeit dasjenige sei, was die Zulässigkeit der unmittelbaren Selbsthilfe begründet. Es ist vielmehr die Zahl der liquiden Privatrechte, die zugleich vollstreckbar sind, gegenüber denjenigen, die es nicht sind, eine verschwindend geringe." Im Einklang mit der neueren deutschrechtlichen Forschung dürfen wir den Ton für das griechische Recht auf die Kundbarkeit setzen, auf das im klassischen Athen schon teilweise verblaßte, außerhalb Athens viel nachhaltigere Publizitätsbedürfnis des älteren Rechts. Kundbar war die Hausgenossenschaft, aus der der echte Nachkomme seine Stellung empfing. Das Gerichtsurteil, die Versteigerung staatlicher Güter und die private Veräußerung und Belastung von Liegenschaften machen den Besitztitel offenkundig. Und wenn die Sicherheit des Erwerbs staatlich eingezogener Güter in Athen, der Untergang aller entgegenstehenden Rechte Dritter damit zusammenhängen muß, daß in dem Versteigerungsverfahren für die gerichtliche Erledigung der Einsprüche dritter Berechtigter gesorgt war[2]), so mag die Position des Hypothekengläubigers geschichtlich darin begründet sein, daß zur Verfügung über Liegenschaften ein Aufgebot gehörte, daß dieses Drittberechtigte zum Einspruch (*ἐνίστασθαι, ἀντιποιεῖσθαι, συμβάλλειν κωλύειν*) aufforderte und die sich nicht Meldenden offenbar ausschloß. Dies ergibt sich aus Theophrast bei Stob. § 4 — nur daß gerade in der

---

[1]) v. Amira, Altnorweg. Vollstreckungsverf. 206.

[2]) Zitate bei Thalheim, Realenz. *ἐνεπίσκημμα* und *δημιόπρατα*. Vgl. Partsch, Arch. f. Pap.-F. 5, 501.

Rednerzeit in Athen nur noch Reste dieser Einrichtung wahrnehmbar sind.[1])

Das Bisherige betrifft einige Grundlagen der Entwicklung, nicht alle, und kann noch nicht klarmachen, welche Kräfte am Werke waren, um einzelnen Tatbeständen der Selbsthilfe längeres Leben zu verleihen. Für so umfassende Fragen ist unser Thema zu enge. Wer den Blick nur auf die Fälle der attischen *δίκη ἐξούλης* gerichtet, weiter forschen wollte, müßte bald stutzen, wenn er erkennt, daß sich ungefähr dieselben Tatbestände unter anderen bei der eingeschränkten Selbsthilfe des späteren deutschen Rechts wiederfinden. Namentlich gehören die unmittelbare Erbfolge und das Gerichtsurteil, das dem Kläger ein Grundstück zuerkennt, im Mittelalter zu den Gründen derjenigen Gewere, die bei den Modernen oft als ideelle, unkörperliche bezeichnet wird[2]) und die sich in der relativen Befugnis tatsächlicher Besitznahme gegenüber bestimmten anderen Personen äußert. Derartige Anschauungen sind uns für das attische Recht nicht einmal ganz fremdartig, da die französischen Bearbeiter angesichts der im Code civil art. 724 fortdauernd anerkannten saisine der gesetzlichen Erben ohnedies die Meinung herrschend gemacht haben, daß der griechische leibliche Erbe sich vom Erbfall ab im gesetzlichen Besitze (wie nach BGB. § 857) befindet. Das Wesen des Urteils und sein etwaiges Verhältnis zu Urteilserfüllungsgelöbnis, Abstandserklärung des Besiegten und gerichtlicher Einweisung ist dagegen noch völlig ungeklärt.

Zweifellos hinwieder ist schon heute die Analogie für Pfändung und Pfandrecht. Der Gläubiger schreitet nach urteilsmäßiger Feststellung einer Geldschuld in das Vermögen des Schuldners um zu pfänden: *ἐμβατεία — τὸ χὸν δανειστὴν ἐμβατεῦσαι καὶ εἰςελθεῖν εἰς τὰ κτήματα τοῦ ὑποχρέου, ἐνεχυριάζοντα τὸ δάνειον*, weil das Vermögen ihm haftet. Und der Pfandgläubiger oder Fiduziar übt die

---

[1]) Rabel, Verfüg.-Beschr. 20—24; Partsch a. a. O.

[2]) Gegen den Ausdruck Herb. Meyer, Entwerung u. Eigentum S. 7; Reallex. Germ. Alt.-K. u. Besitz § 7. Immerhin ist der Besitz z. B. nach § 857 BGB. ein schwächeres Verhältnis als der real ergriffene.

ἐμβατεία in das Objekt, weil es ihm durch die Säumnis verfallen ist und genauer, weil er durch den Verfall schon[1]) das aufschiebend bedingte Pfandeigentum oder die Freiheit von den Beschränkungen des Sicherungskauferwerbs gewonnen hat — auf Grund der Sachhaftung.

Man sieht, die ganze Frage ist zu vielseitig, um rasch abgetan werden zu können.[2])

---

[1]) Vgl. Pappulias, Ἐμπράγμ. ἀσφαλ. § 19; Rabel, ZSSt. 28, 354; 369; Verfügungsbeschr. 79ff.; van Meurs 61.

[2]) Unvermeidlich wird z. B. zu fragen sein: Inwiefern hängen die der deutschen Gewere entsprechenden Naheverhältnisse innerlich mit der Sach- und Vermögenshaftung zusammen? Sicher ist ja heute nach allen Ergebnissen der Rechtsvergleichung, daß die älteste Bürgschaft und das älteste Pfand Geiselschaft und Faustpfand, Haftungen mit körperlichem Gewahrsam waren und daß der Fortschritt zu den Anwartschaften, die bis zum Verfall keinen körperlichen Besitz zur Stützung haben, sehr mühselig hergestellt wurde. Auch wenn im klassischen Athen noch der Sicherungskäufer vom Verkäufer das Gut übernimmt und ihm zurückverpachtet (Dem. 37, 5), der Seedarlehensgläubiger auf das ihm haftende Schiff einen Vertrauensmann mitschickt, der Hypothekar auf das Pfandgrundstück einen ὅρος mit Inschrift setzt, so sind das Gepflogenheiten, die sich jede einzeln mit allerlei Gründen erklären, aber alle zusammen als Nachwirkungen des Bestrebens deuten lassen, den Besitz des Gläubigers aufrechtzuhalten. Sicherer als eine wirkliche Fortdauer des Besitzerfordernisses für Haftungen in geschichtlicher Zeit ist indessen die noch spät zu bemerkende Verwandtschaft des Besitzes mit allen Arten von Anwartschaften und Verfangenschaftsrechten, die sich sprachlich in der Verwendung eines gemeinsamen Ausdrucks, κατέχειν zeigt, so wohl auch für den gesetzlichen Besitz des suus heres: ὅσα τις κατέχει τοῦ τετελευκότος ὡς πατρῷα καὶ παππῷα (Lex. Seguer. IV 183, 26). Ich konnte schon (Verfügungsbeschr. 59) aufmerksam machen, daß κατέχειν zahlreiche Bedeutungen mit der deutschen Gewere teilt; es tritt neben französ.-engl. saisir = ergreifen, ital. tenuta. Sethe (Abh. Ges. Göttingen, phil.-hist. Kl., N. F. XIV, Nr. 5, 71ff.) hat seither sehr lehrreich dargelegt, daß sich alle Bedeutungen „im wesentlichen auf zwei aus der Grundbedeutung 'niederhalten, festhalten' erwachsene Hauptbedeutungszweige verteilen lassen: 'besitzen' resp. 'in Besitz nehmen' und 'zurückhalten'", d. i. Beschlagnehmen, Verhaften, Verfangen, am Weggehen (Fortschaffen) verhindern und zuständlich: in Haft halten, vorbehalten usf. Gemeinsam ist in der Tat gerade den Rechtsbedeutungen, wo das positive Festhalten selten bereits zu einem negativen Verhindern abgeblaßt ist, der Gedanke an eine Herrschaftsübung. Zugleich erscheint hier überall jene Verwechslung von zuständlichem Besitzen (possidēre) und inchoativem Sichbemächtigen (possidĕre), das für die ideelle Gewere

VI. Zugriffsverhinderung als Klagegrund.

Erkannten wir das Wesen der *δίκη ἐξούλης* richtig, so ist sie inmitten des attischen Aktionensystems keine allgemeine Klage mit abgerundetem Geltungsgebiet. Vielmehr durchatmet sie ein Grundgedanke von archaischer Größe, der sich mehr oder weniger deutlich in Attika und überall einstellt, wo ein außergerichtlicher Zugriff noch anerkannt wird, ja auch noch, wo das gerichtliche Verfahren durch symbolische Handlungen den altertümlichen Kampf der außergerichtlich streitenden Parteien widerspiegelt. Um es nicht bei diesen bloßen Behauptungen bewenden zu lassen, mögen aus der großen Fülle der Tatsachen einige Erwähnung finden, die am leichtesten eine kurze Darstellung ermöglichen.

Aus dem Dunkel der attischen „dinglichen" Prozesse hebt sich leidlich gut die Heischung in die Knechtschaft heraus. Die Quellen ergeben das folgende Bild. Wer an einem in Freiheit oder auch als Staatssklave lebenden Menschen Eigentum zu haben behauptet, darf ihn eigenmächtig außergerichtlich ergreifen und mit sich führen (*ἄγειν*), mit der Erklärung *αὐτοῦ δεσπότης εἶναι* (Lys. 23, 9), *ἑαυτοῦ εἶναι δοῦλον* (Aisch. 1, 62) o. dgl. Ein Adsertor kann den Vindizierten dem Zugriff entziehen, mit der Behauptung, er sei frei (*ἀφαιρεῖσθαι, ἐξαιρεῖσθαι εἰς ἐλευθερίαν*). Daß wir darunter eine Rechtshandlung zu verstehen haben, ist nach Lys. 23, 9—12 und Plat. Leg. 914 E klar. Die bloße gewaltsame Entreißung macht *βιαίων* strafbar und nützt rechtlich nichts gegen das Duktionsrecht. Die ordnungsgemäße wirkt: der Vindikant muß darauf loslassen, *μεθιέτω μὲν ὁ ἄγων*, wie Platon gewiß nicht aus freier Erfindung

---

charakteristisch ist, indem der Zugriff nur als Ausdruck eines schon bestehenden Besitzverhältnisses gedacht oder zwecks Herstellung des Zugriffsrechts ein Besitzverhältnis geschaffen wird, das sich zunächst erst in der Möglichkeit der Besitznahme äußern muß. (Vgl. bes. Planck, Gerichtsverf. 1, 528. 531; H. Meyer a. a. O.) — Wenn freilich Hesych. die *δίκη ἐξούλης* just gewähren läßt *ὅταν φάσκῃ κατέχεσθαι αὐτοῦ κτῆμά τι ἐπιβάλλον αὐτῷ*, so ist der Wortlaut kaum wert, für das alte Recht ausgebeutet zu werden.

schreibt. Die Wehrung suspendiert also die Selbsthilfe. Nun klagt der angebliche Herr den *ἀφαιρούμενος*, Adsertor, wegen des vom Gesetz unter Strafe gestellten unrechtmäßigen in die Freiheit Entreißens, *μὴ δικαίως εἰς τὴν ἐλευθερίαν ἀφελέσθαι*, Dem. 58, 21. Diese Klage wird bei Harp. *ἐξαιρέσεως δίκη* genannt; ob sie zum Prozeßformular der *δίκη βλάβης* gehörte, wie man namentlich aus der bei Harp. *ἄγοι* erhaltenen Klagebehauptung: *ἔβλαψέ με Ξενοκλῆς ἀφελόμενος Εὐμάθην εἰς ἐλευθερίαν ἄγοντος ἐμοῦ εἰς δουλείαν* fragwürdig schließt, ist hier gleichgültig. Es ist eine Deliktsklage, die, ebenso wie die *δίκη ἐξούλης* nach dem Solonischen Gesetz, eine Buße in der Höhe des Sachwerts an den Staat zur Folge hat. Der siegreiche Kläger selbst erhält den Wert als Geldforderung, offenbar steht ihm aber — ich nehme an: statt dessen — auch die Ductio nunmehr frei. Für Gortys, wo das *ἄγειν πρὸ δίκης* überhaupt verboten ist, wird es nach dem Urteil ausdrücklich erlaubt (col. 2 Z. 1). Auf diesen endgültigen Verfall dürfte der Ausdruck bei Lys. 23, 12 *περὶ τοῦ σώματος ἀγωνίσασθαι* zu beziehen sein.

Neben diesem einfach gebauten Prozeß könnte es in Athen eine Statusklage des Herrn gegen den Sklaven selbst über die *δουλεία* gegeben haben. Aber ihre Existenz ist zweifelhaft[1]), und glaubt man doch mit Partsch an sie,

[1]) Gegen Partsch, Bürgschaftsr. 296 bringt Lipsius 642 Beachtliches, ohne die gegnerische Beweisführung zu erledigen. Ich meine indessen, der Prozeß mit dem Adsertor selbst konnte im gewöhnlichen Sprachgebrauch ein Prozeß gegen den Sklaven über die Knechtschaft genannt werden, indem die Adsertio bereits als Formalität erschien, gerade um so mehr, als der Vindizierte schon selber die Bürgen stellte. Das Bürgenstellen verträgt sich natürlich mit dem Verlust der Prozeßfähigkeit für die Vindikation; der iudicatus nach der manus iniectio konnte nicht mehr manum sibi depellere et pro se lege agere und doch vindicem dare (Gai. 4, 21). Daß Lys. 23, 12 und das zweifelhafte *μαρτύριον* bei Aesch. 1, 62 vom Prozeß des Vindikanten gegen den Vindizierten reden, will also kaum viel bedeuten, da auf eine Zweiheit von Prozessen nicht angespielt wird. Sogar die römischen Juristen bezeichnen gelegentlich den Freiheitsprozeß als Prozeß des Sklaven. Gewiß sind viele Stellen, die den Sklaven als Partei betrachten, interpoliert (vgl. bes. Wlassak, Grünhuts Z. 19, 715; Jörs, Realenz. 5, 538; Koschaker, Translatio iud. 221. 296), aber echt z. B. Ulp. D. 40, 12, 10 is qui liberale

so könnte sie sich am ehesten nur auf die Ordnung der Parteirollen bezogen haben wie das ebenfalls problematische praeiudicium neben der römischen vindicatio in servitutem.[1]) Daß die δ. ἐξαιρέσεως der Prozeß über die bestrittene Freiheit und nicht selbst ein Nebenstreit war, läßt sich wohl nicht bezweifeln. Die offensichtliche Analogie mit der römischen vindicatio in servitutem trügt auch schwerlich; nur daß gegenüber dem dinglichen Prozeß, den allein wir bisher den römischen Quellen zu entnehmen gewohnt sind, hier ein Deliktsprozeß steht — wie er eben auch in Rom die ältere Prozeßform gewesen sein wird.

Die Kautel gegen das jedermann mögliche ἄγειν gab wahrscheinlich wiederum eine Deliktsklage wegen materiell unberechtigten Zugriffs.[2])

Man sieht, δ. ἐξούλης und δ. ἐξαιρέσεως sind Schwestergebilde, durch den historischen Verlauf voneinander getrennt, ähnlich wie manumissio und iniurecessio. Daß sie auch der gleichen Gerichtszuständigkeit unterlegen zu sein scheinen, darf beiseite bleiben. In mehr oder minder großem Abstand aber läßt sich die δίκη εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν anreihen.

Bei ihr scheint alles rätselhaft; der naheliegende Vergleich mit der m. E. ebenfalls erst der Aufhellung bedürftigen actio ad exhibendum hat das Verständnis vollends unmöglich gemacht. Erschöpfend kann sie hier nicht betrachtet werden.[3]) Aber worum handelt es sich schon dem

iudicium patitur, was auch bei der Restitution Lenels, Pal. Ulp. 1296 verbleibt und auf die petitio, nicht die controversia geht; und für die Vind. in libertatem Gai. D. 40, 12, 25, 1 eius qui adfirmat ideo se primo iudicio victum, mag man vorher proclamatio oder adsertio lesen.

[1]) Vgl. Lenel, Ed.[2] S. 373.

[2]) Unsere Literatur hält sie für bewiesen als δ. ὕβρεως oder βιαίων. Aber Lys. 23, 12 δίκην λαβεῖν παρὰ τῶν ἀγόντων αὐτόν bedeutet ein Prozeßnehmen nicht gegen die Vindikanten, sondern von ihnen (iudicium accipere), worauf eben Partsch 296 N. 4 (oben S. 380 N. 1) baut, falsch noch immer Lipsius 642 N. 19. Und bei Aisch. or. 1 hat der ungerecht vindizierte Pittalakos seine Klage wegen der ὕβρις (§ 62) schon vor der Vindikation angestellt und sie bezieht sich nur auf den nächtlichen Einbruch (§ 59).

[3]) Ich hoffe, bald eingehendere Studien zum griechischen und römischen Exhibitionsrecht bieten zu können.

Namen nach? Um das *ἐμφανές τι καθιστάναι*, und wir besitzen klare Beispiele, wozu dies dienen kann. Der Seedarlehensschuldner verpflichtet sich vertragsmäßig, das Pfand bei der Rückkehr *ἐμφανῆ παρέχειν*, d. h. sichtbar und greifbar zu machen, damit der Gläubiger daran eigenmächtig den Besitz nehmen kann und bis zur Zahlung gesichert ist: *καὶ παρέξουσι τοῖς δανείσασι τὴν ὑποθήκην ἀνέπαφον κρατεῖν, ἕως ἂν ἀποδῶσι τὸ . . ἀργύριον* . . heißt es in der Lakritosurkunde ,[Dem.] 35, 11, und der Sprecher beklagt sich: *οὐκ εἴχομεν, ὅτου ἐπιλαβοίμεθα οὐδ' ὅτου κρατοῖμεν* (§ 25), wir hatten nichts, was wir beschlagnahmen und was wir besitzen konnten. Es ist der außergerichtliche Zugriff des Pfandgläubigers, den nicht bloß die *δίκη ἐξούλης* bekräftigt, sondern diese Verpflichtung erleichtern soll. Dadurch erhält das *ἀνέπαφον* auch seine besondere Färbung. Es bedeutet nicht bloß „unbelastet mit andern Pfandrechten", „keiner Beschlagnahme unterliegend"[1]), sondern sehr prägnant: keinem berechtigten Zugriffe Dritter, also auch keiner befugten *ἐξαγωγή* unterliegend. *'Επαφή* ist der Zugriff Dritter mit Rechtsbehauptung. Entsprechend hat Partsch restlos die Verpflichtung des Gestellungsbürgen zum *ἐμφανῆ παρέχειν* erklärt: nämlich für den Zugriff des Gläubigers, ebenso auch die bei Pollux VIII 33 erwähnte *δίκη εἰς ἐμφ. κατ.* gegen den Verwahrer, der den Dieb oder die gestohlene Sache dem Zugriff des Bestohlenen herauszugeben sich verpflichtet hat.[2]) In diesem Licht erscheint die gute Notiz des 5. Bekkerschen Lexikons S. 246 aus einem Katalog attischer *γραφαί* und *δίκαι*[3]) über diese Klage bedeutsamer als derzeit angenommen wird. Wer ein Fahrnisstück „verloren" hatte und wußte, wo es war, zwang den Besitzer *ἐμφανῆ καταστῆσαι αὐτά τε τὰ σῦλα καὶ παρὰ τίνος ὠνήσατο*

[1]) So Kübler, ZSSt. 29, 476, vgl. 32, 366, dem ich im allgemeinen wegen der *ἐπαφή* durchaus beistimme, und der ja auch richtig sah, daß in den Delphischen Freilassungen der Freigelassene als *ἀνέπαφος* gegen den Zugriff Dritter gesichert sein soll.

[2]) Dazu Partsch 206. 308.

[3]) Wentzel, GGA. 1897, 622; nach dessen Nachweisen hat man mit starken Kürzungen der dem Katalog entstammenden Glossen zu rechnen.

ταῦτα, also: sowohl das Weggenommene als den Vormann kundbar zu machen. Dies ist offensichtlich das Verfahren, womit Fahrnis außerhalb der Spurfolge eingeholt wird, wenn ein außergerichtliches ducere ferre nicht ohne weiteres möglich ist.[1]) Voraussetzung ist, daß der Eigentümer seine Sache im Hause eines Dritten zufällig findet[2]) oder „weiß".[3]) Denn suchen darf er im alten Recht nur mittelst der förmlichen Haussuchung. Er will sie ergreifen, wird aber durch den Besitzer aufgehalten. Er fordert diesen zur Angabe des rechtfertigenden Erwerbstitels heraus, der Besitzer kann nun natürlich wie in den germanischen Ordnungen erklären: ich habe sie gekauft, durch Erbschaft erworben usf. Die Fortsetzung der Stelle lehrt auch etwas vom Weiteren: Offenbart der Besitzer einen Geweren, so geht die Ansprache (*ὁ λόγος*) gegen diesen, weil er das Fremde verkaufte (*ὡς τὸ ἀλλότριον πωλήσαντα*). Wenn nicht, gegen den Besitzer (*εἰ δὲ μὴ ἀπεδείκνυε* [scil. *πρατῆρα*], *πρὸς αὐτὸν τὸν ἔχοντα*). Dieses Verfahren ist aus unzähligen Analogien sehr bekannt, nur ist nicht sofort klar, wo die außergerichtliche Handlung aufhört. Die erste Entwicklungsstufe ist sicher rekonstruierbar. Der Besitzer kann die Eigenmacht nur mit der Behauptung eines Rechtstitels hinausschieben; da-

---

[1]) Letzteres z. B. bei Lys. 23, 11 *ἄγοι φάσκων ἑαυτοῦ δοῦλον εἶναι.* Aus [Dem.] 59, 40 wird gefolgert, daß man einen Sklaven aus dem fremden Haus heraus greifen konnte. Aber *ἐλθὼν ἐπὶ τὴν οἰκίαν* heißt nur zu dem Haus, nicht in das Haus. Doch lasse ich im gegenwärtigen Aufsatz die näheren Voraussetzungen aus dem Spiel, ebenso die attische Unterscheidung zwischen *ἀφανής* und *φανερὰ οὐσία.* Dagegen darf schon hier an die hellenistischen Asylieverträge erinnert werden, wonach die den Gästen gewaltsam weggenommenen „sichtbaren" Sachen (*σῦλα ἐμφανῆ*) vom Beamten einfach wieder abzunehmen sind, über die unsichtbaren (*ἀφανῆ*) Richter entscheiden. Vgl. Hitzig, Altgriech. Staatsverträge 41, dessen Belege nicht vollständig sind; von Verträgen der Aitolier (Nr. 22 und 23) s. noch Ditt. Syll.[2] 280 (mit Teos). 923 (mit Magnesia) und Wilhelm, Jahresh. öst. arch. Inst. 14, 212. Im Vertrag Nr. 39 Gortys und Lato liest ders. *τὰ μὲν φανερὰ πράξα[ντας αὐθαμερὸ]ν ἀποδόμεν, τῶν δὲ ἀφα[νέων δόμεν πρ]ᾶξιν.* Man wird auch in dem römischen SC. über die Stratonizenser Ditt. Or. graec. 441 Z. 60 den gleichen Unterschied feststellen dürfen und nicht die vom Hsg. angegebene Deutung billigen.

[2]) Vgl. z. B. v. Amira, Vollstreck. 208 ff.

[3]) Auch dieser Ausdruck bedarf künftiger Untersuchung.

mit wird der Vindikant entweder auf den Geweren verwiesen, mit dem ein neues Verfahren anheben kann, oder bei behauptetem originärem Erwerb (nachmals auch wenn der Besitzer „selbst kämpfen", *αὐτομαχεῖν* darf) auf den Prozeß mit dem Besitzer selbst. Doch kann die Frage nach dem Besitztitel leicht auf die Gerichtsstätte verlegt werden, vor den Instruktionsbeamten, der Prozeß beginnt trotzdem erst nachher. So ist es wahrscheinlich[1]) schon in Athen, wo der Archon die Klage entgegennimmt und nach Untersuchung ins Gericht weist (Arist. Ath. pol. 56, 6 S. 28). Der Gedanke bleibt immer derselbe. Mit ihm stimmt mancherlei im außerattischen Quellenbestand, aus dem ich nur den Vertrag von Milet und Gortys[2]) über Zugriff auf Menschen hervorhebe. Er unterscheidet zwischen 1. dem Ziehen auf einen vertrauenswürdigen Verkäufer[3]), 2. dem Unterlassen des Gewerenzuges, worauf der vindizierte Mensch sofort ohne Lösungsanspruch dem Zugriff preiszugeben ist, und 3. dem *ἀντιλέγειν*, worüber erst im Prozeß zu entscheiden ist. Das Widerreden bezieht sich auf alle Streitfälle, aber kann nach dem mittleren Fall niemals in einer Verteidigung des Angesprochenen mit unsubstantiierter Negation bestehen. So beruft sich auch nach Dionys. Isai. 15 ein Erbschaftsbesitzer gegen die Klage *τἀφανῆ χρήματα εἰς ἐμφανῶν κατάστασιν* (gerichtlich) auf den Erbentitel: *λέγων ἑαυτῷ τὰ χρήματα κατὰ διαθήκας.*

Jenes Vindikationsverfahren unterscheidet sich im wesentlichen von dem attischen Exhibitionsverfahren nur durch den sofort möglichen Zugriff. Daß auf den letzteren Prozeß noch ein hierdurch vorbereiteter weiterer, eben der Vindikation dienender Prozeß folgen müßte, ist also eine gänzlich grundlose Annahme. Auch beruht, was heute über das Urteil im Exhibitionsprozeß gelehrt wird: Verurteilung

---

[1]) Das Nähere hängt von bestrittener Exegese ab.

[2]) „Milet" Delphinion Nr. 140 Z. 39ff.; vgl. Komm. und Zitate.

[3]) Die Folge hängt von der Lesung ab, wofür ich den Vorschlag des Hsg. Rehm demjenigen von Partsch (daselbst) vorziehen möchte: *ἀποδοὺς τὴν τιμὴν τὴν ἀρχαίαν* [*ἀποδότω*] (*ἀπαγέτω*) *τὸ σῶμα ὁ ἐφαψάμενος*, also Lösungsrecht des Vindikanten, entsprechend der in den andern Verträgen derselben Inschrift bestimmten Lösung.

zur Vorlage und zu Schadensersatz wegen der Verzögerung, teils auf einem unzulässigen Pressen des Wortes ἐπηνάγκαζον beim Grammatiker, teils auf Phantasie. Vom Seedarlehen wissen wir, daß die Strafe des doppelten Sachwerts auf der Verletzung der Pflicht stand. Als Strafklage mit Bußfolge erscheint die δίκη εἰς ἐμφ. κατ. bei [Dem.] 53, 14f. nach allen Auslegungen; nach der vielleicht richtigsten derart, daß 610 Drachmen dem Kläger und ebensoviel an den Staat zugeurteilt werden.[1]) Das Delikt besteht keinesfalls im anfänglichen Verhehlen oder Haben, eher in der Verletzung einer gesetzlichen, der vertragsmäßigen entsprechenden Pflicht zur Vorlage, am ehesten vielleicht abermals in der Verweigerung des Zugriffs, hier durch Zurückhalten der Sache vor dem ersten Angriffsversuch. Doch soll diese Annahme noch dahinstehen. Auch ohne sie rundet sich uns das um die Selbsthilfe und deren Gegenspiel gelagerte Prozeßsystem immer besser ab.

Zum Schlusse sei noch erinnert, nach wie vielen Rechtsordnungen der außergerichtliche Zugriff und Gegenzugriff sich in einer späteren Epoche im gerichtlichen Verfahren widerspiegelt. Erst jüngst hat Partsch diese Beobachtungen aufs neue formuliert und daran seine Betrachtung der demotischen Rechtssprache angeknüpft.[2]) Nach den Lehren, die unsere δίκη erteilt, wird künftig die Frage zu verfolgen sein, in welcher näheren Beziehung sie und ihre Verwandten zum „Eigentumsprozesse" stehen. Insofern ein eigenmächtiger Zugriff von der Rechtsordnung noch allgemein oder in bevorzugten Fällen derart gestattet wird, daß erst die Gegenhandlung eines Hindernden den Staat angeht, sind wir offenbar von einem echten dinglichen Prozeß noch ziemlich entfernt. Leichter scheint ein solcher sich auszubilden, sobald der außergerichtliche Zugriffsversuch gerichtlich wiederholt werden muß oder durch einen gerichtlichen ersetzt ist. Dann nimmt die Stelle des σχεῖν κωλύειν, ἀφαιρεῖσθαι usf. die Contravindicatio ein, nicht ohne daß ihre Herkunft sich noch recht deutlich macht.

---

[1]) So Lipsius 587 N. 142 nach Sauppe.

[2]) Die demotischen Hauswaldtpapyri (Lpz., Hinrichs 1913) S. 24* ff.

Der Ansprecher ergreift die Sache mit Rechtsbehauptung, desgleichen der Angesprochene. Damit übernimmt der letztere die defensio rei gegen den Zugriff. Wie sich daraus der Eigentumsprozeß im wahren Sinn entwickelt, ersieht jedermann aus dem Miletischen und Gortynischen Sklavenprozeß und aus der römischen Prozeßgeschichte von der Legis actio bis zum Formularverfahren, die besonders raffinierte Ergebnisse erzielte, dank des Litiskontestationsvertrags, der Durchbildung des Eigentumsbegriffs und anderer juristischen Feinheiten. Dabei zeigt aber gerade das Formular der legis actio sacramento in rem einen frühen Zustand dadurch an, daß der Vindikant den Gegenspieler frägt: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris (Gai. 4, 16). Wir haben dies[1]) in neuerer Zeit so aufgefaßt, daß um den Besitztitel gefragt wird, was einer Klagebehauptung des unrechtmäßigen Besitzes des Angeredeten (malo ordine possidere) entsprechen würde. Was wir daraus für die Beweispflicht des letzteren und die Relativität des mit meum esse bezeichneten Zugehörigkeitsrechts folgerten, bleibt bestehen. Aber das Formular zeigt mindestens für die Zeit seiner Abfassung einen jetzt genauer erkennbaren Gedanken: nicht das malo ordine possidere und auch nicht das von Brunner[2]) bei den germanischen (deliktischen) Liegenschaftsklagen für älter erachtete malo ordine oder iniuste invadere, proprendere usf. wäre zu vergleichen — falls die herrschende Auffassung dieser Klagen richtig ist —, sondern geradeswegs das griechische *ἀφαιρεῖσθαι* und *κωλύειν ἄγειν*. Der Angesprochene wird um den Grund seines vindicare gefragt, in der Folge soll er also — vom Gewerenzuge abgesehen — der unrechtmäßigen Hinderung des Zugriffs beschuldigt werden, während er selbst eben die Rechtmäßigkeit betont: ius feci sicut vindictam imposui. In dieser Klage braucht der Ansprecher nicht eine delik-

[1]) Mitteis, Reichsrecht 502; Rabel, Haftung des Verkäufers 11. 56; Mitteis, Priv.-R. 88 N. 40; vgl. die dort zit. Lehren von Leist und Pflüger.

[2]) Brunner, RG. 2, 512; anders Eckard Meister in Festschrift für Wach 433; ob unsere Ergebnisse etwa für das germanische Recht Bedeutung haben?

tische vergangene Besitzentziehung zu behaupten, der Widerspruch, der auch hier durch eigene Rechtsbehauptung des Angesprochenen substantiiert sein muß, ist selbst das Delikt. Das ist er; auch die Herkunft der „Wettsumme", des „Sukkumbenzgeldes" kommt ja in eine neue Beleuchtung: qui prior vindicaverat, dicebat: quando tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco. Das sacramentum ist eine Buße wegen der ungerechten Gegenvindikation, sie verfällt wie bei den *δίκαι ἐξούλης* und *ἐξαιρέσεως* an den Staat (Gai. 4, 13). Der Angegriffene aber tut und spricht „dasselbe"; er erklärt seinerseits den Zugriff des Ansprechers für unrechtmäßige Gewalt und letzteren für bußfällig.

Diesen Beobachtungen, die einem guten Stück bisherigen Streits ein Ende machen möchten, versagt sich auch keineswegs die legis actio sacramento in personam. Ursprünglich ist sie sicherlich einfach ein Prozeß mit Zugriff auf die Person des Hafters gewesen, parallel demjenigen auf die Sache. Selbst abgesehen hiervon, erlauben die bei Gaius ersichtliche Verwandtschaft beider Aktionen und Val. Probus 4, 2 quando negas te sacramento quingenario provoco die Behauptung, daß bei ihr das negare den Grund der Strafe und daher des staatlichen Prozesses abgab. Das ist nicht unerhört. Der altnorwegische Gläubiger z. B. darf seine (liquide) Forderung durch „feierliche Heischung" (Gulaþingslög 36) mit Zeugen offenkundig machen, der Gegner die sofortige eigenmächtige Vollstreckung durch Widerspruch hindern, unterliegt deshalb aber dem Prozesse mit Folge des Duplum, weil seine Vorenthaltung als rán, Raub erscheint.[1])

Was sonst für das römische Recht die *δίκη ἐξούλης* anregt, wird besser zu erfassen sein, wenn einmal auch die übrige griechische Prozeßgeschichte untersucht ist. Der Romanist wird es sich aber nicht nehmen lassen, sogleich allerlei Vermutungen zu hegen, die oft Geahntes bestätigen — ich brauche nur Jherings Namen zu nennen —: für den Prozeß mit dem Vindex, weil er ungerechtfertigt die

---

[1]) v. Amira, Vollstreck. 239ff.; Maurer, Vorles. 1, 2 (1907) 99.

manus iniectio durch manum depellere gehindert hat und für die älteste actio iudicati gegen den haftenden Schuldner selbst mit der Leugnungsstrafe des Duplum; für die Interdikte, unter denen einige die vis gegen eigenmächtigen Zugriff verbieten (z. B. Interdictum Salvianum zugunsten des durch räumlichen Machtbereich ausgezeichneten pfandberechtigten Verpächters, das Interdikt Lenel § 246 zugunsten des schon durch den Magistrat in Besitz gewiesenen damno infecto Bedrohten, de arboribus caedendis, de glande legenda etc.), unter denen andere die Eigenmacht gegen den besseren Besitzer verbieten (Utrubi, Uti possidetis) oder die eigenmächtige Besitzentziehung rückgängig zu machen befehlen und im Album kodifiziert teils den griechischen Verboten des Zugriffs vor dem Prozeß, teils dem allgemeinen Besitzwahrungsbefehl des attischen Archon in seinem bei Amtsantritt erlassenen Edikt gleichen, Arist. Ath. pol. 56, 2: *ὅσα τις εἶχεν πρὶν αὐτὸν εἰςελθεῖν εἰς τὴν ἀρχήν, ταῦτ᾽ ἔχειν καὶ κρατεῖν μέχρι ἀρχῆς τέλους*, d. h. Uti nunc possidetis, ita possideatis. Man wird ferner an die actio ad exhibendum denken, an die operis novi nuntiatio, aufs neue an die deductio quae moribus fit und vieles andere mehr. Daß der Selbsthilfe noch in der Kaiserzeit eine beträchtlich größere Bedeutung zukam, als es die interpolierten Rechtsbücher wahrhaben wollen, ist schon von Riccobono[1]) kürzlich angemerkt worden und wird sich wohl noch weiter zeigen.[2]) Auch den deutschrechtlichen Studien könnten sich manche schätzenswerte Vergleichspunkte ergeben.[3])

---

[1]) Riccobono, Communio, Essays in legal history (1913), S. A. 64ff.

[2]) Ich beziehe mich auf die vorbereitete Schrift eines jungen Romanisten, Hans Niedermeyer, der jene Tatsache selbständig aus den Quellen schöpfte.

[3]) Über das Verhältnis von Zugriff und Fahrnisprozeß neuerdings Planitz, ZSSt. Germ. Abt. 34, 426. Das jüngste germanistische Werk, Franz Beyerle, Das Entwicklungsproblem im germ. Rechtsgang I (Konr. Beyerle, Deutschrechtl. Beiträge X 2, 1915), beabsichtigt zu untersuchen, inwiefern die Selbsthilfe den Ausgangspunkt der straf- und der zivilprozessualen Verfahrensformen bildet. Bd. 1 beschäftigt sich mit dem „Strafprozeß", dem Verlangen des Verletzten nach Vergeltung. Die künftige Arbeit soll sich den Selbsthilfeakten widmen,

VII. Ergebnisse.

Als Hauptresultate wären zu bezeichnen:

1. Die *δίκη ἐξούλης* ist weder Vindikations- noch „Exekutionsklage", weder die allgemeine Form des Besitzrechts- noch vollends des Besitzschutzes. Sie ist vielmehr Deliktsklage und der Ausdruck des staatlichen Schutzes für einige im klassischen attischen Rechte noch erhaltene Fälle des berechtigten außergerichtlichen Zugriffs auf Sachen. Von diesen Fällen sind uns einige bekannt, andere zweifelhaft; alle Fälle müssen uns nicht überliefert sein.
2. Die Justizhoheit des Staates ist hier noch nicht genügend weit vorgeschritten, um die aggressive Selbsthilfe ganz auszuschließen, sie ist aber so weit gediehen, erstens ihre Anwendbarkeit auf bestimmte Fälle einzuschränken, zweitens sehr wahrscheinlich beim gehörigen Widerspruch des Betroffenen den Zugriff bis zum gerichtlichen Austrag aufzuschieben.
3. Diese Entscheidung erfolgt auf dem Wege der Deliktsklage. Als Delikt (Gewalttat) gilt die widerrechtliche Hinderung des Zugriffs, was einerseits von der Behauptung eines raublichen oder dieblichen Sacherwerbs, andererseits von der Behauptung widerrechtlichen Habens zu unterscheiden ist. Im Prozeß ist als Vorfrage zu entscheiden, ob das Recht zum Zugriffe gegenüber dem Hindernden oder dessen Recht zum Gegenzugriff besteht. Daher sind die beiderseitigen Rechtstitel zu prüfen. Schon in Athen liegt der Ton auf dieser dem Sachenrecht angehörigen Präjudizialfrage.
4. In der Anlage ist stark verwandt der Prozeß des Sklaveneigentümers gegen den Adsertor und, wenn eine bewegliche Sache nicht zugriffsbereit ist (*ἀφανής*), das Verfahren wegen nicht „Sichtbarmachens". Überall tritt der Grundgedanke auf, daß der Staat die eigen-

die bestimmt sind, die Herrschaft über eine Sache oder Person durch Zugriff zu verwirklichen.

mächtige Ergreifung, wo er sie noch überhaupt zuläßt, unter der Bedingung gerichtlicher Überprüfung mit privater Strafklage bekleidet. Darin liegt neben den Klagen wegen Erwerbs durch Diebstahl und Raub eine zweite Wurzel der Besitzrechtsprozesse. (Insofern auf jene beweglichen Sachen der unmittelbare Zugriff nicht erlaubt ist, dürfte die deliktische Haftung des Besitzers wegen Vorenthaltung den Keim einer selbständigen Geschichte einer persönlichen Exhibitionsklage enthalten.)

5. Dadurch, daß die Hinderung den Zugriff bis zur urteilsmäßigen Liquidstellung seines Rechtstitels aufschiebt, ist sie geeignet, sich nachmals in die Übernahme der Beklagtenrolle für den dinglichen Prozeß zu verwandeln. (Die nicht verteidigte Sache unterliegt wiederum dem Zugriff.)

Die unter den beiden letzten Punkten erwähnten geschichtlichen Ausblicke beziehen sich natürlich nicht auf das klassische attische Recht selbst, sondern auf die anderwärts und nicht zuletzt in Rom bemerkbaren Entwicklungen aus solchen Rechtsgedanken her, die wir mit den behandelten attischen gleichsetzen dürfen. Es versteht sich, daß sie künftiger näherer Prüfung bedürfen. Anderes vollends, was damit zusammenhängt und ebenfalls eine allgemeinere entwicklungsgeschichtliche Bedeutung beansprucht, wie insbesondere, daß aller Fortschritt über den Deliktsprozeß hinaus durch die feinere Ausbildung der materiellrechtlichen Begriffe des Eigentums und der verschiedenen Arten der Besitzrechte mit bedingt ist, wurde nur gestreift und muß späteren Erörterungen vorbehalten bleiben.

VIII.

Eine Summa Institutionum des Irnerius?

Von

Herrn Professor Dr. **Hermann Fitting**
in Halle.

In der 1914 erschienenen zweiten Ausgabe des ersten Bandes von Gaudenzis Bibliotheca iuridica medii aevi hat G. B. Palmieri als erste der „Additiones" p. 269 sqq. unter dem Titel „Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve" ein bisher noch nicht veröffentlichtes mittelalterliches Rechtsbuch herausgegeben, worüber ich hier berichten will.

Es findet sich in folgenden drei Handschriften:

Codex Bibliothecae Vindobonensis Palatinae N. 2176,
Codex Bononiensis Collegii Hispanici N. 73,
Codex Bibliothecae publicae Gratianopolitanae Cat. N. 627.

Leider hat sich der Herausgeber auf die Angabe dieser Bezeichnungen beschränkt, ohne auch nur ein Wort über das Alter der Handschriften und ihren etwaigen sonstigen Inhalt beizufügen. Hierüber will daher ich einiges sagen.

Die Wiener Handschrift (V) ist nach den von der dortigen Akademie herausgegebenen Tabulae codicum manu scriptorum praeter Graecos et Orientales in biblioth. Palat. Vindobon. asservatorum. Vol. II (1868) eine Pergamenthandschrift des 13. Jahrhunderts von 166 Blättern in fol., die bloß unser als „Commentarius in Institutiones Iustiniani imperatoris" bezeichnetes Rechtsbuch enthält.

Die Grenobler Handschrift (G) ist im Catalogue général des manuscrits des bibliothèques publiques de France. Dé-

partements — Tome VII (1889) p. 207 genau beschrieben. Sie ist danach ebenfalls eine Pergamenthandschrift des 13. Jahrhunderts und umfaßt 206 Blätter von 320 × 202 mm. An erster Stelle f. 1—35 steht unser in der Handschrift selbst als „Summa Institutionum" betiteltes Rechtswerk. Darauf folgt f. 36—97 die Summa Codicis des Rogerius und weiter f. 98—130 die „Summa Decretorum" des Paucapalea. Daran reihen sich aber noch zahlreiche kleinere juristische Schriften, unter anderen auch f. 188—206 die von Palmieri als drittes Stück der Additiones p. 511 sqq. herausgegebene Abbreviatio Codicis.

Die Bologneser Handschrift (B) endlich ist, weil sie auch das von mir als Summa Codicis des Irnerius 1894 herausgegebene Rechtswerk enthält, in dieser Ausgabe S. X beschrieben mit Verweisung auf das Verzeichnis des sehr mannigfaltigen Inhaltes in Haenel, Dissensiones dominorum p. XL. Sie besteht aus 182 Pergamentblättern, 222 mm hoch, 150 mm breit. Von ihren zehn Stücken sind nach Haenel das fünfte und neunte im 14. Jahrhundert, die übrigen, und so insbesondere auch das vierte (f. 89—136), unsere Institutionensumma, im 13. Jahrhundert geschrieben. In Überschriften von viel späterer Hand sind diese Summa und obige als erstes Stück der Handschrift (f. 1—68) auftretende Summa Codicis fälschlich als Werke des Placentinus bezeichnet.

Von den drei Handschriften ist V hier um deswillen die wichtigste, weil sie in großer Zahl, nicht selten sehr umfangreiche, Bemerkungen zum Texte der Summa enthält, die in den beiden anderen Handschriften nur spärlich begegnen. Diejenigen zum dritten und vierten Buche stehen sämtlich allein in V. Ebenso die weitaus meisten zum ersten und zweiten Buche. Doch weisen diese Bücher auch solche auf, die zugleich in B oder G, und sogar solche, die nur in einer dieser Handschriften oder — ein einziges Mal zu I 24 — in beiden enthalten sind. Eine, die in allen drei Handschriften stünde, habe ich überhaupt nicht gefunden; allerdings fehlt in der Ausgabe bei manchen Bemerkungen die Nennung der handschriftlichen Quelle.

Palmieri bezeichnet alle diese Bemerkungen als Glossen, und so mögen sie deswegen auch hier genannt werden, obwohl sie nur in verhältnismäßig seltenen Fällen den Charakter eigentlicher Glossen, d. h. erläuternder Äußerungen zu Stellen des Textes, tragen. Sie lassen sich überhaupt nicht unter einen einheitlichen Gesichtspunkt bringen, sondern sind von sehr mannigfaltiger Art: teils Wiedergaben des Institutionentextes, welcher der betreffenden Stelle der Summa zugrunde liegt, entweder völlig wortgetreu oder mit geringen Abweichungen, teils Ergänzungen des Inhaltes der Summa, teils endlich und besonders merkwürdig kürzere oder ausführlichere Wiederholungen dieses Inhaltes in anderer Form. So gibt z. B. p. 300 gl. a zu II 1 § 11[1]), nach dem am Schlusse stehenden M. von Martinus herrührend, eine kurze Übersicht der in dem Titel ausführlich erörterten Arten des Eigentumserwerbes. Dagegen enthält p. 416 gl. a zu dem an sich schon weitläufigen Titel IV 3 De lege Aquilia eine noch viel weitläufigere Darstellung der ganzen Lehre vom damnum iniuria datum. In gleichem Verhältnisse zu dem Texte des Titels IV 4 De iniuriis steht p. 420 gl. a. Die in der Summa IV 6 De actionibus ausführlich behandelte allgemeine Lehre von den actiones wird in der ersten Glosse zu dem Titel (p. 424 gl. c) zwar mit Anlehnung an den Text der Summa, aber doch selbständig und noch ausführlicher als dort erörtert. Trotzdem steht am Ende des Titels in p. 439 gl. b nochmals eine ungemein weitläufige Darstellung der Lehre, die, bis p. 443 reichend, vier ganze Seiten der Ausgabe füllt.

Alle diese Erscheinungen, wofür sich die Beispiele mit Leichtigkeit stark vermehren ließen, führen zu dem Schlusse, daß wir in den Glossen durchweg nachgeschriebene Äußerungen von Lehrern vor uns haben, die ihren Vorlesungen die Summa als Lehrbuch zugrunde legten. Und dieser Schluß wird dadurch bestätigt, daß in zwei Glossen, nämlich p. 376 gl. b zu III 14 § 1 und p. 405 gl. m zu III 27 § 5,

---

[1]) Die Glossen lassen sich nicht anders genau bezeichnen, weil sie in der Ausgabe nicht für die einzelnen Titel durchgezählt sind, sondern ihre Zählung auf jeder Seite neu beginnt.

geradezu von dem vortragenden Lehrer („Magister dicit") die Rede ist. Daß man aber nicht die sämtlichen Glossen einem einzigen Lehrer zugute schreiben darf, sondern an eine Mehrzahl von Lehrern denken muß, erhellt schon aus dem Wenigen, was oben über ihren Inhalt gesagt ist, und aus dem Hinblicke auf ihr Auftreten in den verschiedenen Handschriften. Einige dieser Lehrer lassen sich sogar bestimmen. Denn wenn die allererste, bloß in G enthaltene Glosse zu der Summa mit der Unterschrift „Martinus" (p. 272 gl. a zu I 2 De iustitia et iure)[1]) folgendermaßen beginnt:

> De iure tractaturus Iustinianus premittit de iustitia ut de iuris materia. sed quia iustitie fons et origo est equitas, videamus prius quid sit equitas. equitas est rerum, id est obligationum, convenientia que in paribus causis, id est negotiis, paria iura desiderat. id est Deus [qui] secundum hoc quod desiderat equitas (equus G) dicitur: nihil enim aliud est equitas quam Deus. si talis equitas in voluntate hominis perpetuo sit, iustitia dicitur. que talis voluntas redacta in preceptionem, sive scripta (scriptum G) sive consuetudinaria (consuetudinarium G), ius dicitur.

und wenn sie dann einen stark rhetorischen weiteren Verlauf nimmt: so läßt sich doch gar nicht verkennen, daß das ein Vortrag ist, womit der bekannte Glossator Martinus eine Institutionenvorlesung auf Grund der Summa eröffnete. Bemerkenswert ist hier beiläufig auch, daß jener, aus diesem Grunde oben vollständig mitgeteilte, Anfang nach Ausscheidung der offenbar späteren Zutaten: „id est obligationum" und „id est negotiis" wörtlich mit einer alten uns in IV 2 des in meinen Juristischen Schriften des früheren Mittelalters S. 206ff. veröffentlichten Fragmentum Pragense überlieferten Institutionenglosse übereinstimmt und ohne Zweifel daraus entnommen ist, so daß diese Glosse zu einigen Verbesserungen der obigen verwertet werden

---

[1]) In der Ausgabe ist das Exordium als Titel I bezeichnet, so daß im ersten Buche ihre Titelzahlen mit denjenigen der Institutionen nicht übereinstimmen.

konnte. Ferner stammt auch die oben schon erwähnte Glosse des Martinus zu II 1 § 11 sichtlich aus einer Institutionenvorlesung dieses berühmten Rechtslehrers. Und wenn es p. 405 in der ebenfalls schon genannten gl. m zu III 27 § 5 heißt:

> sic namque diffinierunt veteres: ex quibus causis infitiando, id est negando, lis crescit, ex his causis non debitum solutum non posse repeti, veluti ex lege Aquilia, ut si quis fuerit legitime convictus damnum dedisse, duplum prestare debeat, cum alias simplum. Hic Martinus diversus est ab aliis. magister dicit: non est dictum, nisi cum aliquid debetur: nam cum nihil debetur, non potest dici aliquid crescere. alii dicunt: etsi nihil debeat, si tamen solvatur, hoc verum esse repeti non posse quasi ex his causis

so geht hier dem ganzen Zusammenhange nach das „magister dicit" auf den vorher genannten Martinus. Nicht minder ist p. 393 gl. a zu III 23 § 1 mit der Überschrift „Martinus" auf eine Institutionenvorlesung dieses Juristen zurückzuführen. Und endlich gilt das auch wohl für p. 465 gl. d zu IV 16 wegen folgender Stelle, die schon darum merkwürdig ist, weil sie zeigt, daß sich jene alten Juristen und Rechtslehrer einer späteren besseren Einsicht nicht verschlossen:

> Ex quibusdam iudiciis damnati suo nomine, non procuratoris, ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum — —. item tutele, mandati, depositi: ob dolum, non eque ob culpam. sic quondam Martinus. sed modo propter legem illam Codicis de mandato l. in re mandata (= C. IV 35 l. 21), que inducta fuit ad hoc ut mandatarius notaretur ex culpa etiam levi, aliud dicit. non ergo eque ob culpam nisi mandati.

Mehrere kleine Glossen mit M., der Sigle des Martinus, an der Spitze oder am Ende (p. 274 gl. e, g zu I 3, p. 276 gl. c zu I 5) mögen den gleichen Ursprung haben. Die ganz kurze Glosse d zu I 3 (p. 274): „M. A. suscepta forma legitima" zeigt außer der Sigle des Martinus auch diejenige des Albericus; sie genügt aber nicht zu der Annahme, daß auch

dieser Vorlesungen auf Grund der Summa gehalten habe; um so weniger, als sein Name sonst nirgends in den Glossen erscheint.

Merkwürdig ist p. 277 gl. a zu I 6 § 1, die am Ende ihres ersten Satzes ein M., am Ende der ganzen Glosse ein B., also die Sigle des Bulgarus[1]), zeigt. Das rechtfertigt die Vermutung, daß jener erste Satz in einer Vorlesung des Martinus, der Rest der Glosse in einer späteren Vorlesung des Bulgarus nachgeschrieben worden ist. Und dafür, daß auch dieser auf Grund unserer Summa Vorlesungen gehalten hat, zeugt noch p. 386 gl. b zu III 19 § 4, worin ein Satz, an dessen Ende ein B. steht, einer vorher erwähnten Ansicht des Martinus entgegentritt, so daß wohl die ganze Glosse bis zu dem B. von Bulgarus herrührt.

Ergibt sich sonach für die bisher betrachteten Glossen die Urheberschaft teils des Martinus, teils des Bulgarus, so läßt sich für eine Anzahl anderer umgekehrt feststellen, daß sie nicht von jenem oder von diesem oder weder von jenem noch von diesem verfaßt sind. Das sind nämlich die Glossen, worin über Meinungen eines oder des anderen oder beider berichtet wird in einer Weise, welche nicht oder nur schwer die Annahme gestattet, der nachschreibende Schüler habe die vorgetragene Meinung seines Lehrers im Auge gehabt. Am häufigsten sind auch hier wieder Glossen, worin Martinus genannt ist. Darunter ist besonders merkwürdig p. 438 gl. a zu IV 6 § 19, worin es heißt:

Si intentione minus complexus fuerit actor quam ad eum pertinet, — — sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus iudex adversarium in eodem iudicio ei condemnat

---

[1]) Das scheint mir hier gewiß, obwohl nach Savigny, Röm. R. im MA. IV 77, 80 die Sigle des Bulgarus b., B. dagegen diejenige des Bandinus (†1218) wäre, wofür jedoch kein triftiger Beweis geliefert ist. Auch lebte Bandinus so viel später als Martinus, daß schon darum hier nicht an ihn gedacht werden kann. Zudem wird er in den Glossen niemals, Bulgarus dagegen, ebenso wie Martinus, nicht selten zitiert. Übrigens betrachtet Savigny selbst in den von ihm IV 471ff. mitgeteilten Glossen des Bulgarus das in Nr. 6, 9, 16, 20, 24, 25 stehende B. als die Sigle des Bulgarus.

ex constitutione dive memorie Zenonis.[1]) 'in eodem autem iudicio' quidam dicunt, quasi etiam in eodem quidem datum constet quod et in alio: tunc etiam in eodem. alii dicunt quod sic in eodem, quod non in alio: opponeretur enim ei exceptio rei iudicate, agit enim ex ea re vel causa ex qua prius agere putabat. nam si in alio posset agere, ex eadem equitate videretur quod, si aliud pro alio peteretur, quod victus alio iudicio errorem suum corrigere posset cognita veritate. quod Martini glosa non concedit, ut mox subinfertur: 'Si quis aliud pro alio intenderit, puta intentione petierit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio cognita veritate errorem suum ei corrigere permittimus. M'.

Von einer Meinung des Martinus ist auch die Rede in der oben genannten Glosse des Bulgarus zu III 19 § 4. Weitere Angaben von Meinungen des Martinus finden sich in p. 416 gl. a zu IV 3 (p. 417 col. I), p. 423 gl. b zu IV 5 § 1, p. 424 gl. a zu IV 5 § 2, p. 424 gl. c zu IV 6 § 1, p. 458 gl. e zu IV 13.

In gleicher Weise berichten von Meinungen des Bulgarus die Glossen p. 448 gl. a zu IV 8 § 1 und p. 439 gl. b zu IV 6 § 20 (p. 443 col. I). Die betreffende Stelle dieser Glosse will ich mitteilen, weil sich daraus eine ganz eigentümliche Stellungnahme des Bulgarus ergibt zu D. XLII 3 De cessione bonorum l. 8: Qui cedit bonis, antequam debitum adgnoscat, condemnetur vel in ius confiteatur, audiri non debet:

item qui creditoribus suis bonis cedit, si postea aliquid acquisierit quod pretorem moveat, ex integro creditores cum eo experientur, sed ut condemnetur quatenus facere potest. debet autem hoc fieri antequam debitum agnoscat vel condemnetur vel in ius confiteatur, ut D. de cessione bonorum l. qui cedit. sed dominus Bulgarus sic legit ibi 'non audiri' scilicet interrogative, vel non audiri litigaturos, sed cessuros audiendum. utramque sententiam reprobo.

Daß diese Glosse nicht von Bulgarus herrührt, wird zum Überflusse bewiesen durch die darin (p. 442 col. II)

[1]) Ist der Wortlaut von Inst. IV 6 § 34.

auftretende Berufung auf eine Meinung des Hugolinus („et omnes in rem tam civiles quam arbitrarie sunt secundum Hugulinum"), der nach Savigny, Röm. R. im MA. V 46 in Urkunden von 1197 bis 1233 vorkommt.

Martinus und Bulgarus werden genannt in p. 306 gl. e zu II 6 De usucapionibus et longi temporis prescriptionibus § 1 verbis: usucapitur autem res dumtaxat mobilis vel sese movens, licet olim omnes res usucaperentur: mobiles ubique anno, immobiles biennio in italico solo. sed ne domini rerum suis rebus maturius defraudentur, statutum est ut mobilia et sese moventia dumtaxat usucapiantur non anno, ut olim, sed triennio, immobiles vero prescribantur decennio inter presentes, vicennio inter absentes. — — et his modis dominia rerum acquiruntur, vel effectus dominii rerum, non solum in Italia sed etiam in omni terra[1]):

> Martinus dicit hic improprie poni 'acquiruntur' quantum ad prescriptionem, nam acquisitio ea non est. sed propter usucapionem, de qua simul dixerat, eo verbo utitur: nec est hoc insolitum ut nomen alteri rei accomodetur affinitate alterius. Bulgarus non ita, quia tantum exceptione dicit acquiri prescriptione dominium, et esponit 'dominium' quasi effectum dominii, quia et eandem rem post tale spatium temporis peti utili rei vendicatione posset.

Man gewinnt hier unwillkürlich den Eindruck, daß die Worte des Textes der Summa „vel effectus dominii rerum" ein von Bulgarus oder auf Grund seiner obigen Bemerkung von einem Anderen gemachter Zusatz seien.

Ferner treten Martinus und Bulgarus, diesmal beide als gleichdenkend, auf p. 421 col. I in p. 420 gl. a zu IV 4 De iniuriis § 1:

> Lex Cornelia iniuriarum dumtaxat manu facta vindicat. actio ex lege Cornelia descendens perpetua est secundum Martinum et Bulgarum. alii contra.

Außer den Namen der genannten Glossatoren: Martinus, Bulgarus, Albericus und Hugolinus findet sich in den Glossen nur noch derjenige des Guarnerius, und zwar zwei-

[1]) Sind wesentlich die Worte von Inst. II 6 pr., doch mit einigen bemerkenswerten Abweichungen.

mal: nämlich in p. 376 gl. b zu III 14 § 1 und in p. 435 gl. a zu IV 6 § 19. Beide Glossen müssen später in anderem Zusammenhange beleuchtet werden. Hier soll bloß noch gesagt sein, daß ich bei den Nachweisungen des Vorkommens jener berühmten Namen in den Glossen nach Vollständigkeit gestrebt habe, weil jede Bereicherung unserer Kenntnis der nur erst sehr ungenügend bekannten Lehrweise und der Meinungen ihrer Träger von großem Werte ist.

Die bisherigen Erörterungen, obgleich sie sich bloß auf die Glossen erstreckten, haben doch auch schon für die Beurteilung der Summa selbst wichtige Ergebnisse geliefert. Sie zeigen vor allem, daß diese einer frühen Zeit angehört, da sie bereits von zwei der Vier Doktoren bei Institutionenvorlesungen als Lehrbuch zugrunde gelegt wurde. Daraus aber, daß das von Martinus und Bulgarus und auch von Anderen, die sich leider nicht ermitteln lassen, bis in das 13. Jahrhundert geschah, was sich aus der Nennung des Hugolinus in einer der Glossen ergibt und durch das Alter der drei Handschriften bestätigt wird, erhellt weiter, daß das Werk in hohem Ansehen stand. Dafür läßt sich auch noch anführen, daß das in meinen Jurist. Schriften d. früh. MA. S. 217 ff. veröffentlichte Exordium der Summa Institutionum des Placentinus von § 4 bis § 26 sichtlich mit Benutzung des Exordium unserer Summa verfaßt ist. Diese muß aber nunmehr natürlich auch für sich selbst ins Auge gefaßt werden.

Sie ist, äußerlich betrachtet, ein sehr umfangreiches Werk, welches in B, wenn man von der darin auch enthaltenen, oben S. 392 erwähnten Summa Codicis das zwischen dem Ende des vierten Buches und dem Anfange des fünften eingeschaltete, zwei Blätter füllende Stück sowie die aus der Summa Codicis des Rogerius entnommenen, später nachgetragenen Titel 8—43 des neunten Buches abrechnet[1]), nicht viel weniger Raum einnimmt als jene Summa Codicis. In der Ausgabe reicht sie von p. 271 bis p. 476, umfaßt also 206 Folioseiten, wovon etwa die Hälfte auf die Glossen gerechnet werden kann.

---

[1]) Vgl. meine Ausgabe jener Summa S. XII.

Ihrem Inhalte nach ist sie, wie schon ihre Überschrift in G besagt, eine Summa Institutionum, also ein Lehrbuch des römischen Rechtes für den Anfangsunterricht auf Grund der Justinianischen Institutionen und mit Benutzung ihrer Titelfolge, jedoch mit Berücksichtigung auch aller anderen Teile des Corpus iuris, auf die recht häufig, und zwar immer in der bekannten Bologneser Zitierform, hingewiesen wird. Schon dadurch erweist sie sich, wenn sie auch, wie gezeigt, der frühesten Zeit der Glossatorenschule zuzuweisen ist, doch als jünger als die oben genannte Summa Codicis, worin überhaupt nur spärliche eigentliche Quellenzitate vorkommen und die vorkommenden viel seltener jene charakteristische, in der genannten Schule bald ganz allgemeine Form als die im 11. Jahrhundert üblichen freien und ungebundenen Formen zeigen.[1]) Auch nach unserem heutigen Urteil ist sie in Inhalt und Form ein sehr bedeutendes Werk, das die hohe Schätzung, die es im 12. und 13. Jahrhundert genoß, wohl verdiente.

Die Hauptfrage ist nun aber die nach der Person des Verfassers. Palmieri erörtert sie in der Vorrede zu dem ganzen Bande p. II sq. Er erklärt es für zweifellos, daß die Summa ein Werk des Guernerius[2]) sei. Abgesehen von manchem anderen dafür Zeugenden, das er demnächst an einem anderen Orte auseinandersetzen wolle, lasse sich die Urheberschaft des Irnerius (so will ich ihn forthin nach der bisherigen Gepflogenheit nennen) schon durch wenige ganz entscheidende Gründe bestimmt beweisen. Er geht bei dieser Beweisführung von der Annahme aus, daß die von mir als Summa Codicis des Irnerius und als Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius herausgegebenen Rechtsbücher wirklich Werke dieses großen Juristen seien. Und ich glaube auch, die Richtigkeit dieser Annahme in der Einleitung zu der Ausgabe der Summa § 13ff. und in derjenigen zu der Ausgabe der Questiones § 12 so vollständig und überzeugend bewiesen zu haben, wie es in Dingen solcher Art überhaupt

---

[1]) Vgl. meine Ausgabe der Summa Codicis des Irnerius S. XXIIf., LXXIff.

[2]) So in der Vorrede, während an der Spitze der Ausgabe „Wernerii" steht.

möglich ist. Die von den verschiedensten Seiten geltend gemachten Gegengründe haben diese meine Überzeugung nicht im geringsten erschüttert, selbst nicht die Verweisung von Pescatore (Kritische Studien S. 86) auf eine Glosse des Irnerius zu L. 8 § 2 C. de non num. pec. IV 30, die der Darstellung in der Summa Codicis IV 32 § 3, 4 widerstreitet. (S. unt. S. 421.) Denn dieser Einwand wäre nur dann stichhaltig, wenn angenommen werden müßte, der Verfasser der Summa habe eine einmal ausgesprochene Ansicht niemals geändert. Daß das aber nicht angenommen werden kann, zeigt die verschiedene Fassung von VII 27 § 3 der Summa in der Bologneser Handschrift und in den älteren Handschriften, woraus ersichtlich ist, daß er in einem dem obigen ganz verwandten Fall seine ursprüngliche, hier wie dort aus der aequitas geschöpfte, Lehre später durch eine andere, dem Rechtsbuchstaben gemäße, ersetzt hat.[1]) Übrigens ergibt sich auch aus dem oben S. 395 mitgeteilten Berichte in p. 465 gl. d zu IV 16 über einen Meinungswechsel des Martinus, daß diese alten bedeutenden Rechtslehrer und Rechtsforscher sich einer späteren besseren Einsicht nicht verschlossen, wie das auch von allen ehrlichen und wahrheitsliebenden wissenschaftlichen Forschern unserer Tage zu erwarten ist.

Palmieri also, von obiger Annahme ausgehend, beruft sich vor allem auf die folgende Stelle in III 28 Per quas personas obligatio nobis acquiritur, woraus schon klar erhelle, daß unsere Institutionensumma mit jener Summa Codicis den Verfasser gemein habe:

> quod autem per filios quos in potestate habemus ex obligatione acquiritur hoc secundum imaginem, id est distinctionem, proprietatis et ususfructus dividitur, quemadmodum constitutio in sexto libro Codicis titulo de bonis que liberis l. cum oportet (= C. VI 61 l. 6) declarat et nos supra exposuimus. similiter qualiter nobis per bona

---

[1]) Ich verweise hierzu auf meine Ausgabe der Summa S. LXf. und bezüglich meiner Stellung zu den gegen meine Ansicht erhobenen Einwendungen auf meine Ausführungen in dieser Zeitschrift XVII. Rom. Abt. S. 1ff., XXVI. Rom. Abt. S. 334 Anm. 1.

fide possessos liberos vel servos alienos vel per eos in quos usumfructum habemus queritur, eodem libro in titulo per quas personas nobis acquiritur exposuimus.

Hier handle es sich nämlich, meint er, wie das „supra" beweise, ganz augenscheinlich („evidentissime") um eine Hinweisung auf die in B (aber doch bloß in dieser Handschrift!) zusammen mit unserer Summa enthaltene und äußerlich vor ihr stehende Summa Codicis. Es ist schwer begreiflich, wie Palmieri zu dieser Erklärung kommen konnte. Denn es ist doch völlig zweifellos, namentlich wenn man auch den der von ihm ausgehobenen Stelle unmittelbar vorausgehenden, von ihm auffallenderweise gar nicht beachteten Satz:

et quidem quod servi proprii acquirunt, ut supra libro secundo exposuimus, omnino nobis acquiritur

sowie den Umstand berücksichtigt, daß in jener Stelle selbst hinter „supra exposuimus" in G „secundo libro" steht, — es ist, wiederhole ich, völlig zweifellos, daß hier nicht auf ein anderes Werk, sondern auf Titel 9 Per quas personas nobis acquiritur des zweiten Buches der Summa selbst verwiesen wird. Hieraus ist demnach für die Person des Verfassers gar nichts zu folgern.

Weit gewichtiger ist, was Palmieri zugunsten der Gemeinschaft des Verfassers unserer Summa und der Questiones de iuris subtilitatibus geltend macht. In diesen findet sich nämlich IV 9 die folgende Stelle:

Prouehi quidem (sc. ius nostrum) in ius melius potest tam adiectione quam correctione. set quis corrigere ualet uel supplere eam rem quam non percepit? reges quidem transalpini potestatem sumpsere, iuris autem legumque scientiam notam habere non poterant: illis enim temporibus non modo studia, set et ipsi libri legitimę scientie fere perierant.

In der Summa aber heißt es I 5 De ingenuis § 2:

Sed et iure moribus recepto dicendum quidam putant omnes filios servorum servos esse, licet matrem ingenuam habeant. quod quidem cum errore tantum sit inventum, licet mala consuetudine approbatum, nullo modo est ad-

mittendum. eo enim tempore quo illa mala consuetudo inolevit non solum studia, sed etiam (et V, B) fere legalia volumina perierant. et omnino reges illi transalpini potestatem tunc temporis susceperunt, scientiam autem legum nullo modo habuerunt.

Man sieht, die hier gegebene höchst merkwürdige geschichtliche Begründung stimmt in den beiden Stellen nahezu wörtlich überein, und es ist gar nicht zu verkennen, daß sie der Verfasser der Summa dieser im Hinblick auf jene Stelle der Questiones einverleibt hat. Da sie aber dort in einem ganz anderen Zusammenhange und zu einem ganz anderen Zwecke auftritt, als hier, so läßt sich nicht verstehen, wie ein Anderer als der Verfasser der Questiones dazu gekommen sein sollte, sie an dieser Stelle der Summa zu wiederholen.

Palmieri erklärt nun aber weiter, man brauche sich gar nicht mit solchen Schlußfolgerungen zu begnügen; denn für die Summa lasse sich die Urheberschaft des Irnerius ganz unmittelbar beweisen, und zwar aus dem Zeugnisse in p. 376 gl. b zu folgender in III 14 enthaltener Lehre:

Ex quo mutuo certi competit condictio, si pecunia debeatur, vel triticaria, si alia quantitas petatur. quidam autem dicunt certi condictionem non solum ex omni causa competere, sed etiam de omni re certa, sive sit pecunia sive alia quantitas vel species, triticariam autem dicunt competere in aliis rebus excepta pecunia. mihi autem potius videtur certi condictionem de pecunia tantum competere, nulla distinctione habita ex qua causa debeatur, triticariam autem de omni alia re, ut D. de condictione triticaria l. I (= D. XIII 3 l. 1).

Dazu bemerkt die genannte Glosse:

Si pecunia numeretur, tunc tantum certi condictio, alioquin triticaria competit secundum Guarnerium. sed Magister dicit non per hoc solum quod ipsa sola in numerata pecunia locum habet debere negari eam, id est certi condictio, etiam aliis competere: immo competit ex omni obligatione et contractu causaque ex qua certum petitur, ut Dig. si certum petatur l. certi (= D. XII 1 l. 9). Res

ille que constant pondere et mensura si mutuo date sint, non condicuntur certi condictione, ut plerisque videbatur, sed triticaria, ut Guarnerio videtur: sola enim pecunia numerata per certi condictionem petitur, ut in Dig. de triticaria l. I (= D. XIII 3 l. 1).

Hier ist allerdings bestimmt und ausdrücklich gesagt, daß die in der Summa hier und ebenso in III 15 § 1: „ex qua stipulatione due proficiscuntur actiones, tam condictio certi in pecunia vel triticaria in re alia certa, quam ex stipulatu, si sit incerta“ vertretene Ansicht diejenige des Irnerius sei, und zwar von einem Magister, der selbst der anderen Meinung folgte, in dem man also nicht mit Palmieri den Guarnerius erblicken darf. Das Mißliche ist nur, daß sich in den Questiones XXIV 17 und in der Summa Codicis IV 2 § 5, VIII 33 § 2 nicht die laut der Glosse von Irnerius gebilligte Lehre unserer Summa, sondern die danach von ihm abgelehnte findet. Will man also mit Palmieri wegen der Glosse auch diese Summa ihm zuschreiben, so läßt sich die Schwierigkeit, die übrigens durch die Rücksicht auf die Glosse, selbst ganz abgesehen von der Summa, entsteht, nicht anders als durch die Annahme beseitigen, Irnerius habe auch hier seine ursprüngliche Meinung später geändert.

Die Sache ist sonach doch nicht so einfach, wie sie nach Palmieris Äußerungen in der Vorrede scheinen könnte, zumal da zu dieser Schwierigkeit noch andere hinzukommen. So erwächst eine gleich aus der zweiten Glosse, p. 435 gl. a zu IV 6 § 19, worin über eine Lehre des Irnerius folgendermaßen berichtet wird:

Preterea quasdam actiones arbitrarias, id est quasi arbitrio iudicis pendentes, appellamus. — — in quibus, nisi arbitrio iudicis is cum quo agatur actori satisfaciat, veluti rem restituat, si in rem agitur, ut rei vendicatione, — — condemnari debeat. has actiones quidam dicebant esse quasi medias inter eas que sunt bone fidei et que sunt stricti iuris. Guarnerius autem dicit eas annumerari his que sunt stricti iuris, ut talis fiat divisio: actionum alie sunt bone fidei, alie stricti iuris, item actionum stricti iuris alie sunt arbitrarie, alie non. dicunt tamen quidam quod

omnes bone fidei actiones possunt fieri arbitrarie, si iudex velit, sed earum que stricti iuris sunt nulle erunt arbitrarie nisi que hic connumerantur. nullam bone fidei arbitrariam esse, sed tantum quasdam stricti iuris, potest intelligi ex D. tit. de eo quod certo loco l. in bone fidei iudiciis (=D. XIII 4 l. 7).

In der Summa selbst findet sich freilich diese dem Irnerius zugeschriebene Lehre nicht, sondern sie lehrt a. a. O. nur dieses:

Sunt autem actiones bone fidei, sunt stricti iuris, sunt etiam arbitrarie, et sic fit tripertita actionum divisio. vel sic: compensatio in strictis deducitur iudiciis, preterea et iudicis arbitrium in his utitur, et sic fit bipertita divisio. nam quasdam actiones arbitrarias appellamus, id est ex arbitrio iudicis pendentes, in quibus plerumque, si iudicis arbitrio in initio pareatur, sequitur absolutio, veluti si rem restituat, cum in rem agitur. — — de dolo etiam actio personalis est et arbitraria. item et illa que competit de eo quod certo loco promittitur, nisi in bone fidei iudicio convenit ut quid certo loco prestetur: tunc enim illa bone fidei ex conventione firmata agitur, non arbitraria, nisi quod bone fidei iudicio debebatur certo loco condicturum (? traditurum se Dig.) quis stipuletur, ut D. de eo quod certo loco dare oportet l. arbitraria, l. in bone fidei (= D. XIII 4 l. 2, 7).

Mißlich ist aber auch hier wieder, daß gerade die laut der Glosse von Irnerius abgelehnte Ansicht in Quest. XXXVIII 7 auftritt:

Iudicii ratione bipertite sunt actiones: aut enim bone fidei sunt aut stricti iuris. — — istarum quasi medium quiddam vides in arbitrariis.

Übrigens ist, wie schon die oben ausgehobene Stelle zeigt, die Darstellung in der Glosse durchaus nicht klar, und auch diejenige in der Summa läßt die rechte Klarheit vermissen. Man war augenscheinlich, und das wird durch die Institutionensummen des Placentinus IV 6 s. f. und des Azo IV 6 § 42 sowie durch die Accursische Glosse Actiones arbitrarias zu Inst. IV 6 § 31 bestätigt, in jenen Zeiten über

das Wesen der actiones arbitrariae und namentlich über ihr Verhältnis zu den actiones bonae fidei und stricti iuris zu keiner klaren Auffassung gelangt, und so mag Irnerius über jene rein theoretische, nach dem Zeugnisse des Accursius noch zu seiner Zeit sehr streitige, Frage sich zu verschiedenen Zeiten in verschiedenem Sinn geäußert haben.

Unter diesen Umständen scheint es mir geboten, alles mir bei der Durchsicht der Summa Aufgestoßene, was für die Frage nach der Person ihres Verfassers in Betracht kommen kann, in möglichster Kürze mitzuteilen.

Ich will beginnen mit dem Hinweise auf zwei Tatsachen, die der Annahme der Urheberschaft des Irnerius besonders hinderlich erscheinen könnten, nämlich auf zwei in der Summa selbst auftretende Berichte über Meinungen des Martinus und des Bulgarus, die, wie man leicht denken möchte, schon der Zeitverhältnisse wegen nicht von Irnerius herrühren könnten. Nämlich

> I 25 De satisdatione tutorum vel curatorum (p. 290): Sciendum est etiam non solum tutores et curatores teneri finito officio, sed etiam eos qui satisdationem accipere solent subsidiaria, id est utili tutele, secundum Martinum (Mar. V, G, B). alii vero contra, id est non utilem tutele, sed in factum dandam dicunt. quorum verior sententia videtur.
>
> IV 17 De officio iudicis (p. 469 v. 3): Directa quidem petitione hereditatis tenetur qui possidet pro herede vel pro possessore. pro herede possidet qui putat se heredem esse aut scit se heredem esse putans se forte alio modo succedere. pro possessore predo, qui interrogatus cur possideat responsurus sit 'quia possideo', nec contendit se heredem, et si contendit, hoc facit per mendacium. nec dico hic 'pro herede possidere' quasi titulum usucapiendi seu prescribendi eum habere: nam tunc non teneretur petitione hereditatis sed speciali in rem actione, ut C. de petitione hereditatis l. II (= C. III 31 l. 2), secundum Bulgarum.

In dem letzten Fall ist die Schwierigkeit leicht zu beseitigen; denn die ganz ungewöhnliche Weitschweifigkeit der letzten beiden Titel IV 17, 18 der Summa nicht bloß

im Vergleiche mit ihren übrigen Titeln, sondern auch im Vergleiche mit der kurzen Behandlung dieser Titel in der Institutionensumma des Placentinus und sogar mit der doch schon recht weitläufigen in derjenigen des Azo gestattet kaum einen Zweifel, daß wir in diesen Titeln der Summa eine spätere Überarbeitung vor uns haben. Und daß ein Werk, das von vielen und bedeutenden Rechtslehrern als Lehrbuch bei ihren Vorlesungen zugrunde gelegt wurde, dergleichen Überarbeitungen erfuhr, hat doch auch gar nichts Unwahrscheinliches. Zudem sind wir einem mutmaßlichen späteren, auf Bulgarus zurückgehenden Zusatze schon früher (S. 398) begegnet, und weitere Zutaten solcher Art werden wir später kennenlernen.

Anders verhält es sich mit jenem Hinweise auf eine Ansicht des Martinus in I 25, weil dieser Titel keinerlei Anlaß zur Annahme einer Überarbeitung oder auch nur einer Einschaltung bietet. Hier bleibt also, um für die Summa die Urheberschaft des Irnerius zu retten, nur die Erklärung übrig, daß zu der Zeit, da dieser sie verfaßte, Martinus bereits als Rechtslehrer und Schriftsteller tätig gewesen sei. Diese Erklärung hat aber gar nichts besonders Gewagtes. Denn wir wissen jetzt aus einer von Ficker entdeckten und in seinen Urkunden zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens Nr. 99 mitgeteilten Urkunde, daß Irnerius am 10. Dezember 1125 bei einer schiedsrichterlichen Verhandlung im Mantuanischen zwischen den Klöstern S. Benedetto di Polirone und S. Zenone zu Verona als Sachwalter für das erstgenannte auftrat. Da ferner eine bekannte Stelle der Ursperger Chronik berichtet, daß zur Zeit des Kaisers Lothar II. (1125—1137) Gratian sein Dekret verfaßt und Irnerius das römische Recht in neuer und gründlicher Weise bearbeitet habe, diese Arbeit also derjenigen des Gratian zeitlich im wesentlichen gleichsetzt, so ist anzunehmen, daß Irnerius noch während der Regierung jenes Kaisers eine Zeitlang und bis in die dreißiger Jahre des 12. Jahrhunderts hinein gelebt und seine Wirksamkeit als Lehrer und Schriftsteller fortgesetzt habe.[1]) Daß aber

[1]) Vgl. meine Schrift über die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna (1888) S. 91, 96ff. und meine Ausgabe der Questiones S. 49.

damals, und also noch bei Lebzeiten des Irnerius, die Vier Doktoren, nach alten unverwerflichen Zeugnissen seine Schüler, auch schon geschätzte Rechtslehrer und Rechtsforscher waren, kann, da Bulgarus 1166, Martinus nicht nach 1166, Hugo um 1168, Jacobus 1178 starb, keinem Bedenken unterliegen.[1]) Dafür spricht auch die Antwort, die Irnerius kurz vor seinem Tode auf die Frage, wer sein Nachfolger im Lehramte sein solle, durch folgendes Distichon gegeben haben soll:

Bulgarus os aureum, Martinus copia legum,
Mens legum est Ugo, Iacobus id quod ego.[2])

Nun erhellt weiter aus den zahlreichen in unserer Summa enthaltenen Hinweisen auf Meinungsverschiedenheiten[3]), daß sie aus einer Zeit stammt, da das römische Recht in Bologna lebendig und vielseitig bearbeitet wurde, was doch sichtlich auf die Tätigkeit der Vier Doktoren hindeutet. Demnach kann ein darin vorkommender Bericht über eine Meinung des Martinus nicht befremden. Und er verträgt sich auch mit der Betrachtung der Summa als eines Werkes des Irnerius, wenn man annimmt, daß dieser sie in vorgerückterem Lebensalter verfaßt habe, eine Annahme, die schon durch das eben Gesagte sowie durch die Häufigkeit und die Form der Quellenzitate (s. oben S. 400) wahrscheinlich gemacht wird.

In derselben Weise läßt sich übrigens die Nennung des Bulgarus in IV 17 erklären, wenn man diesen Titel in seiner uns vorliegenden Form dem Verfasser der Summa selbst zuschreiben will.

Ungleich leichter wiegen als mögliche Einwendungen gegen die Betrachtung des Irnerius als Verfassers unserer Summa einige Verschiedenheiten der Darstellung in ihr und

---

[1]) Vgl. meine genannte Schrift S. 103.. Savigny, Röm. R. im MA. IV 73 hätte dieses Verhältnis der Vier Doktoren zu Irnerius sicher nicht für unwahrscheinlich erklärt, wenn er jene von Ficker entdeckte Urkunde gekannt hätte.

[2]) Vgl. Savigny IV 70, 82.

[3]) S. I 5 § 2 (s. oben S. 402), I 25 (s. ob. S. 406), II 13 § 2 in f., II 14 s. f. (s. unt. S. 409), II 16 in f. (s. unt. S. 411), II 25 s. f., III 13 s.f. III 14 § 1 (s. o. S. 403), III 21 (s. unt. S. 421).

in der Summa Codicis. So ist dort II 14 De heredibus instituendis (p. 327 sq.) in der Lehre von den bedingten Erbeinsetzungen folgendes zu lesen:

sed si improbata non est conditio, aut est potestativa aut casualis aut mixta. et quidem sub potestativa omnes recte instituuntur. filii autem nisi in defectu conditionis exheredentur, non magis instituti quam preteriti videntur, et ideo testamentum ab initio non valet et ab intestato succeditur. si vero sub mixta filii instituantur, si quidem per eos stat quominus adimpleatur conditio, est forte idem quod in potestativa. si vero casu conditio impediatur, est idem quod in casuali, id est ut sine preiudicio testamenti succedant ab intestato. vel forte, ut quidam dicunt, habetur conditio pro impleta et extra ordinem eis succurritur. vel certe melius et probabilius dicetur ut, sive sit casualis sive mixta nec (so B, ne V, G und die Ausgabe) in eius defectu filius exheredetur, ab initio ipso iure testamentum deficere: non enim potest dici magis institutus quam preteritus. et ideo, sive defecerit sive extiterit conditio, testamentum quod ab initio non valuit ex post facto non convalescet.

In der Summa Codicis dagegen ist VI 12 § 2—5 der Gegenstand so behandelt:

Conditiones quidem quędam potestatiuę, quedam mixtę, quędam casuales sunt. — — Potestatiua est quę in heredis potestate est. ideoque omnes heredes, tam sui quam extranei, huic conditioni parere debent: alioquin et filius submouetur, falcidia tamen retenta. Casuales sunt que ex insidiis fortunę uel ex facto alterius pendent. ideoque liberis non nocent, nisi in eius defectu exheredati sunt, qua de causa patrem familias intestatum efficiunt. extraneis uero nocent, ideoque ut conditio impleatur exspectandum est. Mixtę sunt que partim ex potestate, partim ex insidiis fortunę pendent, ueluti 'si ancillę filio nupserit'. in eo quidem quod potestatiua est, si per heredem stat quo minus impleatur, etiam liberis nocet, si uero casus obstet, liberis non preiudicat, cum pro impleta habeatur, set extraneos prorsus excludit, cum conditionis euentus deficiat.

Die beiden Stellen zeigen, wie man sieht, eine nahe Verwandtschaft. Und wenn in betreff der Erbeinsetzung von liberi des Testators unter condicio mixta unsere Summa zuerst die in der Summa Codicis auftretende Ansicht vorträgt, dann aber eine andere für billigenswerter erklärt, so macht das ganz den Eindruck, als habe ihr Verfasser hier seine eigene frühere Meinung berichtigt, was der Annahme, er sei auch der Verfasser der Summa Codicis gewesen, günstig ist. Daß es in dieser heißt: wenn die Bedingung durch Zufall vereitelt werde, so werde sie als erfüllt behandelt, während das in unserer Summa als die Lehre gewisser Juristen hingestellt wird, beeinträchtigt diesen Eindruck nicht. Auffallend ist nur die Art, wie unsere Summa im Widerspruche mit der Summa Codicis die Erbeinsetzung eines Sohns unter einer Potestativbedingung behandelt, indem sie zur Gültigkeit des Testamentes seine Exheredation für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung verlangt. Allein das widerstreitet auch, wie dem klaren Wortlaute von D. XXVIII 5 l. 4 pr., so dem unmittelbar vorausgehenden Satze unserer Summa selbst und dem, was sie nachher über die Erbeinsetzung von Söhnen unter condicio casualis oder mixta sagt; denn zwischen dieser und der Einsetzung unter condicio potestativa wäre ja dann kein Unterschied. Das alles drängt unabweislich den Gedanken auf, daß der Satz unserer Summa: „filii autem — — succeditur“ eine spätere, und zwar recht ungeschickte Zutat ist, womit denn seine ganze Beweiskraft gegen die Urheberschaft des Irnerius für die Summa verschwindet.

Völlig unbedeutend ist die etwas verschiedene Behandlung der substitutio compendiosa in unserer Summa und in der Summa Codicis. Während es nämlich in dieser VI 13 § 3 einfach heißt:

> compendiosa autem, ueluti ‘si heres erit et decesserit’ (quod et infra pupillarem etatem euenire potest et postea), quantum ad pupillarem pupillo pubescente expirat, quantum ad fideicommissariam usque ad tempus mortis prorogatur

und von einem eingreifenden privilegium militare nur vorher in § 2 insofern die Rede ist, als hier mit ausdrücklicher

Bezugnahme auf C. VI 25 l. 10 gesagt wird, zum Nachteil der zur Intestaterbfolge des vom Vater eingesetzten Pupillen berufenen Mutter des Pupillen werde weder eine substitutio tacita noch eine substitutio compendiosa zugelassen, „nisi forte ex uoluntate priuilegiate personę, ut militis, hoc eueniat", wobei ohne Zweifel an C. VI 26 l. 8 gedacht ist (beiläufig: nach Acc. gl. Peti possunt ad C. VI 26 l. 8 die Lehre des Irnerius), wird in unserer Summa II 16 in f. (p. 332) zuerst ausgeführt: die pupillaris substitutio für einen impubes filius des Testators gelte immer nur bis zum Ende des vierzehnten Jahres des Sohns. Sei daher ein Substitut für den Sohn ernannt, falls dieser vor der Vollendung des achtzehnten Jahres sterben sollte, so liege darin zwar auch eine Pupillarsubstitution, sie werde aber auch hier kraftlos, wenn der Sohn die pubertas erreiche, „nisi privilegio militari: tunc enim patris dumtaxat cum fructibus capiet hereditatem substitutus". Sodann folgt:

> nec aliud suadet ratio in compendiosa, videlicet hoc modo facta: 'si heres erit et decesserit, ille sit eius heres', ut etiam hic dicamus filio impubere decedente substitutum iure communi admitti: quo pubescente procul dubio evanescit, nisi cum miles eam facit, ut privilegio militari fideicommissaria dicatur, Trebelliani auxilio et legis Falcidie cessante, ut C. de inst. et subst. l. ult. (= C. VI 25 l. 10) et de impub. et aliis subst. l. II et IIII et l. precibus (= C. VI 26 l. 2, 4, 8) et D. de vulg. et pup. subst. l. iam hoc iure, l. in pupillari, l. centurio, l. Lucius (=D. XXVIII 6 l. 4, 14, 15, 45). vel forte, ut quidam dicunt, nullum effectum habet compendiosa nisi a milite facta.

Sonach wird also die compendiosa substitutio, ihre Gültigkeit vorausgesetzt, von unserer Summa genau so wie von der Summa Codicis als Pupillarsubstitution betrachtet, falls der eingesetzte Sohn vor der Erreichung der pubertas, als fideikommissarische Substitution, falls er erst nach ihrer Erreichung stirbt. Bloß darin weicht unsere Summa von jener anderen ab, daß sie mit Aufgebot einer großen Menge von Stellen des Corpus iuris die compendiosa substitutio als fideikommissarische Substitution oder noch lieber, der Ansicht Mancher gemäß, überhaupt nur dann gelten läßt,

wenn sie von einem Soldaten herrühre. Das sieht doch ganz so aus, als habe der Verfasser unserer Summa einer damals verbreiteten Meinung gemäß die compendiosa substitutio nicht mit günstigem Auge betrachtet und daher eine Einschränkung seiner früheren Lehre für angebracht gehalten. Man darf sich darüber um so weniger wundern, als der in der Mitte des 12. Jahrhunderts verfaßte Codi VI 51—53 zeigt, daß sogar die Pupillarsubstitution nicht in Gunst stand und daher in ihm nur als Substitution anderer ebenfalls unmündiger und ebenfalls zu Erben eingesetzter Kinder des Testators zugelassen wird.

Ganz unbedenklich ist schließlich der Umstand, daß sich eine Bemerkung wie die in der Summa Codicis V 19 § 9, daß die Lehre von den tutores und curatores keine sonderliche praktische Bedeutung mehr habe und daher kurz erledigt werden könne, in unserer Summa nicht findet. Denn zu einem ausreichenden Verständnisse des Corpus iuris und schon vieler Titel der Institutionen ist immerhin eine gewisse nähere Kenntnis der Lehre unentbehrlich, und es begreift sich daher leicht, daß sich der Verfasser unseres Werkes, auch wenn er der Verfasser jenes älteren war, zu einer eingehenderen Behandlung veranlaßt sah.

Ein Rückblick auf die vorstehenden Erörterungen zeigt, daß es doch nicht eben viel ist, was sich gegen die Betrachtung des Irnerius als Verfassers unserer Summa vorbringen ließe, und daß jede der denkbaren Einwendungen unschwer zu beseitigen ist. Es wird sich jetzt darum handeln, die zahlreichen für seine Urheberschaft sprechenden Gründe aufzuweisen.

Wichtig sind hier vor allem die beiden oben S. 402f. erwähnten, mit Recht schon von Palmieri hervorgehobenen Tatsachen, daß erstens eine in III 14 auftretende Meinung in einer Glosse zu der Stelle ausdrücklich als diejenige des Guarnerius hingestellt wird, und daß zweitens eine sehr charakteristische Stelle in I 5 § 2 der Summa mit einer Stelle der Questiones IV 9 in nur aus der Gemeinschaft des Verfassers erklärbarer Weise so gut wie wörtlich gleichlautet.

Dazu kommt nun aber, daß nicht wenige Stellen der Summa ebenso wortgetreu mit Stellen der Summa Codicis

übereinstimmen, so daß auch hier die Gemeinschaft des Verfassers füglich nicht zweifelhaft sein kann. Ich will, um tunlichst an Raum zu sparen, von diesen Stellen nur einige besonders anschauliche hier wiedergeben, bezüglich der übrigen mich mit einem kurzen Hinweise begnügen.

Im Titel III 24 De locatione et conductione unserer Summa wird das Recht des Mietvertrages folgendermaßen dargestellt:

> Locatio conductio eodem modo et eisdem rationibus contrahitur, ideoque, cum dictum sit de emptione, videndum est de locatione. contrahitur enim solo consensu habita conventione certe mercedis. est autem locatio, cum usum rei mee vel operas meas pro mercede tibi concedo. ex qua due proficiscuntur actiones, locati videlicet que competit locatori et conducti que competit conductori. In locati autem actione ex natura contractus ea prestanda sunt que nominatim inter contrahentes convenerunt, videlicet ut merces prestetur et finito usu res restituatur. ex natura quoque actionis non tantum supradicta sed etiam quedam alia veniunt de quibus nihil dictum vel cogitatum fuerit, videlicet ut dolus et culpa lata et levis prestetur, cum etiam custodia in eo quod rei locate accedit sit prestanda. damna quoque sive a conductore sive ab alio propter inimicitias vitio eius proficiscentes illata eadem actione prestantur. item si male in re locata versatus est, eadem actione convenitur, cum etiam sine pena possit expelli, ut potest, si per continuum biennium pensionem non solvat. item dico, si propriis usibus eam esse necessariam probaverit dominus, vel si necessaria eius rei fuerit refectio, remissis tamen in duobus posterioribus casibus pensionibus. In conducti vero actione ex natura contractus veniunt que inter contrahentes convenerint: in primis ut conductori frui liceat et usus rei secundum conventionem prestetur et omnia que dicta sunt accedere secundum conventionem prestentur. ex natura vero actionis quedam, licet nec dicta nec cogitata sint, prestantur, veluti ut finita conductione et solutis pensionibus res a conductore illate a domino restituantur et evehi permittatur. et si quid inde dominus vi abstulerit, eodem iudicio

restituet. preterea si quid conductor necessario vel utiliter impenderit, eodem iudicio recuperabit. et si vis maior, vel uredo forte vel sterilitas, omnes fructus rei tulerit, dominus hoc prestabit, saltem eatenus ut mercede careat, nisi sterilitas ubertate aliorum annorum precedentium vel sequentium compensetur. et generaliter omnia que moris et consuetudinis sunt ab utraque parte prestantur, nisi contra morem nominatim aliquid convenerit.

Damit vergleiche man den Wortlaut der Summa Codicis IV 57 § 1—8:

Quia eo modo hisdemque rationibus contrahitur locatio quo et emptio, nunc de locatione tractandum est. contrahitur enim solo consensu habita conuentione mercedis. quid autem sit locatio, item cui competat et in quem, et quid in ea ueniat, item quid iudicis sit officium, spectandum est. Locatio quidem est, cum usum rei meę uel operas meas pro mercede tibi do. Hec actio locatori herediue eius competit in eum qui conduxit uel heredem eius: et hoc, siue perpetua siue temporalis fuit. Veniunt autem in hac actione quędam ex natura contractus, quedam iure actionis. ex natura contractus ea prestanda sunt quę nominatim inter contrahentes conuenerunt, scilicet ut merces prestetur et finito usu res restituatur. et si aliquid aliud specialiter conuenit, et hoc inprimis prestandum est, ueluti si instrumentum estimatum uel seruum accepit et instrumentum extinctum uel seruus mortuus sit: tunc enim colonus ad pretium prestandum tenetur. ex actionis natura et supradicta ueniunt et quedam alia que neque dicta neque cogitata sunt inter contrahentes, ueluti ut dolus et culpa lata et leuis et diligentia quoque prestetur. item custodia etiam in eo quod rei locatę accessit prestanda est, licet dictum non fuit. uis maior et casus fortuitus non prestatur nisi ex conuentione speciali. dampna quoque ab eo siue ab alio propter inimicitiam coloni illata eadem actione ueniunt. item si male uersatus est in re locata, et hoc prestatur: inmo etiam sine pena expelli potest. quod euenit et, si per continuum bienium pensiones non soluantur, aut si dominus propriis usibus eam necessariam esse probauerit, aut si necessario

domum reficere maluerit, remissis tamen pensionibus. Ex conducto actio conductori herediue eius competit in locatorem eiusue heredem. in qua similiter spectandum est, quid ex natura contractus seu actionis prestandum sit. in hac actione ex natura contractus uenit, ut ea omnia quę inter contrahentes acta sunt prestentur, inprimis ut conductori frui liceat et usus rei secundum conuentionem ei prestetur, et ut instrumenta fundi et ea omnia quę conductori accedere dicta sunt ei prestentur. ueniunt quidem ex natura actionis quedam, licet nec dicta nec cogitata sint, ueluti ut finita conductione et solutis pensionibus res a colono illatę item inductę a domino restituantur. item si quid ui abstulit, eodem iudicio restituere debet. et quod in re locata necessario seu utiliter impendit, et hoc ei restituendum est. et si uis maior uel alia iusta causa, ueluti uredo uel alia sterilitas, omnes fructus tulerit, et hoc dominus prestare debet, uidelicet ut eatenus exhoneret colonum a prestatione mercedis, nisi sterilitas probabitur repensata cum ubertate precedentium seu subsequentium annorum: quo casu, et si remissa pensio fuit, licet sub nomine donationis, tamen postea repeti potest. et generaliter ea omnia quę moris et consuetudinis sunt ab utraque parte prestanda sunt.

Ich habe beide Darstellungen ganz vollständig vorgeführt einmal, weil sich aus der durchgängigen Gleichheit des Inhaltes und größtenteils sogar des Wortlautes ergibt, daß zwischen den beiden Summen die engste Verwandtschaft besteht, und sodann, weil gerade aus den kleinen Abweichungen erhellt, daß doch nicht etwa die Darstellung unserer Summa aus derjenigen der Summa Codicis einfach abgeschrieben ist, sondern daß ihr Verhältnis zu dieser von der Art ist, wie der Verfasser eines Werkes bei der Behandlung eines schon in einem früher von ihm verfaßten Werke behandelten Gegenstandes dieses zu verwerten pflegt.

Ein ähnliches Verhältnis zeigt sich in zahlreichen anderen Fällen. So steht bezüglich dessen, was mit der actio legis Aquiliae gefordert werden kann, in unserer Summa IV 3 in f. (p. 419) dieses:

Venit autem in hac actione ipsius damni restitutio habita ratione causarum coherentium. puta si unus ex comedis fuerit occisus: habetur enim ratio superstitis depretiati. item si servus heres institutus occisus fuerit, pretium hereditatis amisse venit. occisi autem estimatio non ex singulorum utilitate seu affectione, sed ex communi utilitate facienda est. illud quoque quod occasione facti postea evenit non resarcitur. puta si non mortifere vulneratus negligentia periit: vulnus enim, non servus estimatur. e contrario ex levi vulnere mortuus resarciri debet, quia aliud alii mortiferum esse solet.

Genau entsprechend aber heißt es in der Summa Codicis III 13 § 7:

In hac actione uenit ipsius damni restitutio seu exstimatio, etiam causarum coherentium estimatione habita, ueluti si ex commedis unus mortuus fuerit: hii enim qui supersunt quanto depretiati sunt existimandi sunt, — uel si forte heres institutus fuerat: pretium enim hereditatis uenit. exstimatio uero non ex singulorum, set ex communi utilitate sumenda est. illud uero quod ex occasione facti postea accidit, ueluti si seruus non mortifere uulneratus ex neglegentia periit, non resarcitur: uulnus enim, non seruus existimatur. econtra seruus ex leui uulnere interfectus resarciri debet, quia aliud alii mortiferum esse solet.

Auch die Darstellung unserer Summa in IV 18 § 10, 11 kehrt in der Summa Codicis IX 1 § 1, 2 fast wörtlich wieder. Daß jener letzte Titel unserer Summa, wie früher (S. 406f.) bemerkt, seine uns vorliegende Gestalt sehr wahrscheinlich einer späteren Überarbeitung verdankt, schließt natürlich nicht aus, daß einzelne Teile in der ursprünglichen Form beibehalten worden sind. Nimmt man aber an, daß uns der ganze Titel in dieser ursprünglichen Form überliefert sei, so wird dadurch die Beweiskraft der hier ausgehobenen Stelle dafür, daß die beiden Summen denselben Verfasser haben, noch verstärkt.

Nicht minder stimmt die Darstellung der Lehre von der bonorum possessio in III 9 unserer Summa und VI 6

der Summa Codicis genau und auch wieder vielfach wörtlich überein, und sehr bemerkenswert ist noch, daß am Ende jenes Titels unserer Summa gesagt wird:

> his autem bonorum possessionibus hodie non indigemus, cum omnes agnati et cognati ex novis constitutionibus, sublata omni differentia emancipationis et patrie potestatis, ad hereditatem, ut supra diximus, vocentur

im Einklange mit der Äußerung in Summa Codicis VI 40:

> item bonorum possessionis petende ratio ex necessitate spectanda non est, cum omnibus qui qualitercumque succedunt ex lege successio defertur et ideo illa petitio nunc necessaria non est, cum iuris ciuilis accio cessante iure pretorio omnibus competit.

In I 11 § 2 unserer Summa werden die Ehehindernisse des römischen Rechtes in derselben Folge und großenteils wörtlich übereinstimmend aufgezählt wie in Summa Codicis V 4 § 3. Auffallen kann nur, daß dort gegen Ende des § 2 der folgende in der Summa Codicis fehlende Satz steht:

> In nuptiis autem contrahendis hodie potius ius poli quam fori spectatur, cum hodie ab Ecclesia qui sunt etiam in VI. generatione inter se nuptias contrahere prohibentur.

Es war aber frühzeitig anerkannt, daß in Ehesachen das kanonische Recht maßgebend sei, und so findet sich auch im Codi V 17 der verwandte Ausspruch:

> set quia non est in consuetudine hodie quod matrimonium diuidatur nisi per canones, sicuti propter parentelam uel per adulterium quod facit femina, ideo non est necessarium ut inde aliquid dicamus.

Irnerius mag es daher für zweckmäßig erachtet haben, in seinem jüngeren Werke darauf hinzuweisen. Doch kann obiger Satz auch sehr wohl eine spätere Zutat sein, und dafür spricht, daß er logisch und systematisch kaum am richtigen Platze steht.

In unserer Summa werden I 6 § 1 die libertini dediticii und Latini genau so wie in der Summa Codicis VII 4 § 2, und I 7 § 2 die manumissio vindicta genau so wie dort VII 1 § 2 erklärt. Ferner findet sich in unserer Summa

III 26 § 1 dieselbe aus Isid. Orig. V 24 § 20 stammende Etymologie von mandatum als „quasi manu datum“ wie in Summa Codicis IV 36 § 2. und in unserer Summa II 11 dieselbe, auf Vegetius de re milit. II 5 in f. zurückgehende, Begriffsbestimmung der milites: „milites erant qui iurabant se non evitaturos mortem causa rei publicae“ wie in Summa Codicis VI 8 § 3, nur mit der nicht nennenswerten Verschiedenheit, daß statt „causa“ hier „propter salutem“ steht. Aus diesen Stellen, wie noch aus manchem Anderen: der Erklärung der fiduciaria tutela in I 19 § 2, der Bemerkung zu der Begriffsbestimmung von stadium in II 1 § 2: „unus Hercules dicitur uno anhelitu stadium cucurrisse et stetisse“, dem in II 6 § 1 über den Begriff der usurpatio Gesagten, der eingehenden Erörterung des geschichtlichen Ursprunges der rechtlichen Geltung der Kodizille in II 25, der interessanten, nicht aus den Institutionen zu entnehmenden, Bemerkung in IV 6 § 1, daß die actio „olim non tantum in iure, sed etiam in solemnitate consistebat“, — aus dem allen erhellt aber zugleich ein lebhafter Sinn des Verfassers unserer Summa für Geschichtliches, insbesondere Rechtsgeschichtliches, wie er sich aus der Summa Codicis auch für ihren Verfasser und aus Glossen des Irnerius für diesen nachweisen läßt.[1])

So ließe sich noch manches für die Gemeinsamkeit des Verfassers beider Summen und damit zugleich für die Abfassung unserer Summa durch Irnerius beibringen. Ich will aber nur noch von Einem reden, was als Beweis dafür von besonderer Wichtigkeit ist. In unserer Summa wird nämlich IV 1 § 1 der Begriff des furtum so bestimmt:

> est autem furtum contrectatio rei aliene fraudulosa vel gratia ipsius rei intercipiende vel gratia usus eiusdem rei vel possessionis: ubi quidem, quia semper rei fit furtum, ipsa res duplatur vel quadruplatur, non usus seu possessio.

---

[1]) S. meine Ausgabe der Summa Codicis S. LXVIff. und wegen der in den genannten Fällen zutage tretenden Benutzung auch nicht juristischer antiker Literatur ebend. S. LXXVII.

Dem entspricht genau und im wesentlichen wortgetreu Summa Codicis VI 2 § 2:

Furtum quidem est rei contractatio fraudulosa lucri faciendi causa: uel gratia ipsius rei intercipiendę uel usus intercipiendi uel possessionis. res enim semper contractatur siue propter rem siue propter usum uel possessionem intercipiendam, cum aliud nisi corpus contractari non potest, et ideo quod contractatum est duplicatur seu quadruplatur, nisi in casu aliud dictum sit.

Aus dem Corpus iuris war hierfür als Grundlage nur zu entnehmen die bekannte Begriffsbestimmung in D. XLVII, 2 l. 1 § 3 und Inst. IV 1 § 1: „Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve" und der kurze Ausspruch in D. eod. l. 50 pr.: „In furti actione non quod interest quadruplabitur vel duplabitur, sed rei verum pretium." Darum war denn auch, wie Azos Summa Codicis VI 2 § 7 und Acc. gl. Usus ad Inst. IV 1 § 1 zeigen, die in unseren Summen vertretene Ansicht, daß auch bei dem furtum usus und possessionis mit der actio furti nicht bloß der doppelte oder vierfache Wert des usus oder der possessio, sondern derjenige der Sache selbst gefordert werden könne, durchaus nicht die allgemeine Lehre der Glossatoren, und namentlich wurde von Azo und Accursius die dort abgelehnte Ansicht gebilligt, die dort vertretene nur als die unrichtige Meinung Anderer hingestellt. Diese war aber die Meinung des Irnerius, wie sich aus einer Reihe von Zeugnissen bestimmt ergibt, insbesondere aus folgender bei Savigny, Röm. R. im MA. IV 464 mitgeteilter Glosse zu D. XLVII 2 l. 1:

Sive autem usus sive possessionis fiat furtum, semper ipsius rei fit furtum, cum nunquam aliud nisi corpus contrectari possit, et ideo eius rei poena prestatur. et de hoc b. (Bulgarus) dicit sibi consentire Guar. (Guarnerium).[1])

---

[1]) S. auch Dissens. dom. Rog. § 31 (ed. Haenel. p. 94), Vet. coll. § 61 (p. 48) und vgl. meine Ausgabe der Summa Codicis S. LIII, Besta, L'opera d'Irnerio I p. 246 nr. 16.

Schließlich mag noch die interessante Frage aufgeworfen werden, welche Stellung unsere Summa in den beiden Fällen nimmt, in denen schon früher nachgewiesen werden konnte, daß der Verfasser der Summa Codicis seine ursprüngliche Ansicht später geändert hat. So hatte er VII 27 § 3 nach der ursprünglichen Fassung dieser Stelle gelehrt, daß die Veräußerung einer fremden Sache von Seite des Fiskus oder des Kaisers dem Erwerber nur dann ihr Eigentum verschaffe, wenn er bona fide und iusto titulo erworben habe, obgleich die hierher gehörigen Stellen des Corpus iuris, nämlich C. VII 37 l. 2, 3 und Inst. II 6 § 14, eine solche Beschränkung nicht enthalten. Der Verfasser muß das später eingesehen haben, und so ist denn in einer späteren, uns in der Bologneser Handschrift überlieferten Fassung diese Beschränkung weggefallen und auf das bestimmteste ausgesprochen, daß derjenige, welchem der Kaiser eine fremde Sache übertrage, Eigentümer werde, gleichviel ob der Kaiser oder der Empfänger wisse, daß die Sache eine fremde sei oder nicht.[1]) Unsere Summa II 6 § 2 enthält bezüglich dieser Frage folgendes:

Qui autem a fisco rem alienam ut propriam distrahente emit inspecto edicto divi Marci quinquennio post venditionem defenditur. constitutio autem Zenonis statuit eum qui a fisco aliquid, quod tamen possit usucapi, quolibet titulo acceperit statim securum fieri, ut victor efficiatur, sive possideat et conveniatur, sive cum alio experiatur, is tamen qui dicit rem suam vel sibi obligatam intra continuum quadriennium contra fiscum experiatur. hoc idem dicamus in eo qui a principe vel coniuge eius aliquid quolibet titulo acceperit. cum autem fiscus distrahit rem alienam ut alienam, tunc demum emptori conceditur, cum iusto pretio et sollemnitur subhastata fuerit distracta.

Diese Darstellung schließt sich der neueren Lehre der Summa Codicis in der Hauptsache an, mildert aber die Entscheidung doch wieder in etwas durch die Aufstellung der Erfordernisse, daß der Fiskus oder Kaiser die fremde

[1]) Vgl. meine Ausgabe der Summa Codicis S. LXf., LXXXIX.

Sache als eine eigene veräußern und daß sie usukapionsfähig sein müsse. Auch anderen Glossatoren muß die aus dem starren Wortlaute der genannten Stellen folgende Entscheidung zu hart erschienen sein, und man findet sie daher in der Summa Codicis des Azo VII 37 und in Acc. gl. Emit ad Inst. II 6 § 14 mit ähnlicher Beschränkung und Milderung wie in unserer Summa.

Der zweite Fall ist dieser. In der Summa Codicis IV 32 § 3 wird über die exceptio non numeratae pecuniae mit eingehender Begründung gesagt: werde diese exceptio innerhalb des gesetzlich festgesetzten biennium vom Schuldner geltend gemacht, so müsse der Gläubiger die erfolgte Auszahlung beweisen. Habe aber innerhalb jener Frist der Schuldner den Einwand nicht erhaltener Auszahlung nicht erhoben, so sei er zur Zahlung an den Gläubiger gehalten, falls er nicht die nicht empfangene Auszahlung beweisen könne, wonach also der Ablauf des vom Schuldner nicht benutzten biennium nur einen Wechsel der Beweislast zur Folge hätte. Das widerspricht freilich wieder der klaren gesetzlichen Vorschrift namentlich in C. IV 30 l. 14 pr., § 3 und Inst. III 21 und beruht nur auf Rücksichten der aequitas. So kann es im Hinblick auf sein Verhalten im vorigen Fall nicht wundernehmen, daß der Verfasser der Summa, Irnerius, auch hier später zu der dem Rechtsbuchstaben entsprechenden Ansicht überging, wie sich aus folgender von Pescatore, Kritische Studien S. 86 mitgeteilten Stelle aus einer glossa Compelletur ad C. IV 30 l. 8 § 2 ergibt:

> Ex quo perpendi potest quod transacto biennio non audietur qui scripsit se recepisse uel eius heres, si uelit probare sibi non esse numeratam, nam soluere cogitur. y.[1])

Unsere Summa III 21 äußert sich über die Frage folgendermaßen:

> plane si quis scripserit se debere quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata habet exceptionem,

---

[1]) Daß diese Glosse später als die Summa Codicis verfaßt ist, darf man unbedenklich annehmen, da sich ein solches Zeitverhältnis bei verschiedenen Glossen des Irnerius deutlich erkennen läßt. S. meine Ausgabe der Summa S. XXXVIII, XXXIX, XLVI.

qua opposita is qui petit cogitur probare se numerasse. opponi autem poterat olim usque ad quinquennium, sed hodie, ne creditores suis pecuniis quandoque defraudentur, per nostram constitutionem tempus est cohartatum, ut ultra biennium non exstendatur (!), quo transacto maiori omnimodo denegatur, etsi paratus sit ostendere contrarium: non enim post biennium queri potest, immo scriptura iure civili obligatur. sin autem scribendo causam ex qua se debere dicebat explanavit, exceptio etiam intra biennium denegatur, nisi tunc apertissimis rerum argumentis scriptis insertis paratus sit contrarium probare. quidam vero dicunt, etiam cum causam non exprimit, post biennium indulgeri, si paratus sit contrarium ostendere.

Hier findet sich also die aus obiger Glosse ersichtliche neuere Lehre des Irnerius, was bei dem zeitlichen Verhältnisse der beiden Summen nicht verwundern kann; jene ältere wird nur als die Meinung Mancher hingestellt. Zu diesen „Manchen" gehörten aber viele bedeutende Juristen. Von den Vier Doktoren hielt nach den Dissens. dom. Vet. coll. 13, 40, Rog. 11, 62, Cod. Chis. 114, Hugol. 20, 200, 238 (ed. Haenel. p. 208 not. b) bloß Bulgarus streng an der in unserer Summa vertretenen Meinung fest. Martinus gestattete mit Berufung auf C. IV 7 l. 1 dem Schuldner die exceptio non numeratae pecuniae ohne zeitliche Beschränkung wenigstens dann, wenn er in seiner Schuldverschreibung das Geld ob turpem causam empfangen zu haben bekannt habe: ein offenbar ungenauer und widersinniger Bericht, denn nach jener Gesetzesstelle kann die Lehre des Martinus, entsprechend den Questiones des Irnerius XX 2, nur die gewesen sein: der Schuldner, der aus einem mit dem Bekenntnisse empfangener Auszahlung ausgestellten Schuldschein belangt werde, könne sich jederzeit durch den Beweis befreien, daß dem Scheine nicht eine erwartete, aber nicht erfolgte Auszahlung, sondern eine turpis causa (nach den Questiones eine „alia cautionis causa") zugrunde liege. Jacobus und Hugo dagegen standen ganz auf dem Standpunkte der Summa Codicis. Und auch Späteren erschien die dem Gesetzeswortlaut entsprechende Meinung trotz der

Anerkennung ihrer juristischen Richtigkeit so unbillig, daß sie für die praktische Anwendung der von den zuletzt genannten Glossatoren vertretenen den Vorzug gaben. Besonders klar zeigt sich das in Acc. gl. Obligetur ad Inst. III 22 (21). Hier wird zuerst gesagt, daß die Meinung, wonach die nicht rechtzeitig geltend gemachte querela non numeratae pecuniae nur einen Wechsel der Beweislast zur Folge habe, sicher der Billigkeit entspreche. Dann aber heißt es weiter:

> Sed certe aliter de iure videtur, scilicet ut nullo modo admittatur etiam probans, nam sacramentum non potest deferre, quod est species probationis: ut C. eod. l. in contractibus § illo (C. IV 30 l. 14 § 3) et C. de iure delib. l. fi. § licentia (C. VI 30 l. 22 § 10). Sed certe satis credo primum verum et aequum. nec obstat quod de iuramento dixi, quia ex parte illius l. in contractibus non habet iuramentum vim probationis, si non vult adversarius: ut C. de reb. cre. et iureiur. l. generaliter § sive autem (C. IV 1 l. 12 § 3).

Ich stehe am Ende meiner, wie der Leser anerkennen wird, ohne Voreingenommenheit gepflogenen Erörterungen. Es hat sich dadurch in kurzer Zusammenfassung folgendes herausgestellt. Unsere Summa gehört, wie sich aus den sie in den Handschriften begleitenden Glossen ergibt, der frühesten Zeit der Glossatorenschule an. Sie war für diese Zeit nach Inhalt und Form ein hervorragendes Werk, das denn auch in höchstem Ansehen stand und, wie schon von zwei, und gerade den berühmtesten der Vier Doktoren, so auch von Späteren bis in das 13. Jahrhundert hinein als Lehrbuch bei Vorlesungen zugrunde gelegt wurde. Sie verrät sonach die Urheberschaft eines sehr bedeutenden Rechtsgelehrten; in jener Zeit ist aber, auch wieder schon im Hinblicke auf die gedachten Glossen, kein Anderer zu finden, der sie verfaßt haben könnte, als Irnerius. Nun waren aber ferner gewisse in ihr auftretende, damals durchaus nicht allgemein anerkannte, Meinungen nach bestimmten Zeugnissen solche dieses großen Juristen. Und endlich zeigt mit seinen Questiones de iuris subtilitatibus und seiner

Summa Codicis unsere Summa eine so nahe Verwandtschaft, wie sie nur aus der Annahme einer Gemeinschaft des Verfassers erklärbar ist. Erwäge ich dieses alles, so gelange ich zu dem Ergebnisse, daß unsere Summa Institutionum wirklich ein Werk des Irnerius ist, das jedoch in der uns vorliegenden Form kleinere und größere Überarbeitungen Späterer aufweist.

Unter diesen Umständen wäre eine sorgfältige und gründliche Prüfung und Durcharbeitung der Summa, besonders auch unter Vergleichung mit der gleichzeitigen und älteren Rechtsliteratur, sehr wünschenswert; sie würde sicherlich viel Interessantes und für die Wissenschaft Wichtiges zutage fördern. Ich bin zu dieser großen Arbeit in meinem hohen Alter nicht mehr imstande, muß sie daher jüngeren Kräften überlassen und empfehlen.

Miszellen.

[Zum Probus Einsidlensis.] Für die letzte der Notae des Probus Eins.: SPM = Sexti Pedii Medivani schlägt Rudorff die Verbesserung SDM = S(ine) D(olo) M(alo) vor (Zeitschr. für Rechtsgesch. 3, 7). Allein: ohne Änderung ergibt S(ine) P(ermissu) M(eo) einen ediktalen Sinn (Lenel V 2, 2). —

Auch die vorletzte Note S N P Q Λ Ɖ läßt sich in S(i) N(on) P(lus) Q(uam) A(nnus) E(st) (Lenel XLIII 12, 1. 2; 20, 3) leichter ausdeuten als gewöhnlich geschieht.

Ferner scheint dem Epitomator gelegentlich die ausschöpfende Kraft versagt zu haben:

O F = (ostia vermutete Huschke; erwies Giffard) fenestrae — da ist doch noch beizuziehen O(pus) F(acere), das Lenel XLIII 4f. 2. 10d. 3. 13c. 3 hat; auch opera factum steht Lenel XXXV 2, 2.

Gradenwitz.

[Zum Giessener Caracalla-Papyrus.] Pap. Giess. 40^II^ l. 3/4 lesen Prof. Schubart und ich, nach der Photographie:

καὶ τοῦ[το]· [τοῖς] μετὰ ταῦτα τῆς τά[ξε]ως

= C. J. 10,60,1 Quibus posthac ordine. (cfr. Meyer S. 35.)

Gradenwitz.

[Zwei griechische Rechtsurkunden aus Kurdistan.] Einen äußerst interessanten Urkundenfund publiziert Professor Ellis H. Minns (Cambridge) im 35. Band des Journal of Hellenic Studies (1915). Im Jahre 1909 fand ein Bauer in einer Berghöhle in der Nähe der Stadt Auroman in Persisch-Kurdistan einen versiegelten Steinkrug, in welchem sich verschiedene Urkunden vorfanden. Von diesen wurden drei durch die Bemühungen eines europäisch gebildeten Arztes in Sinna, namens Mirza Said Khan, vor der Vernichtung gerettet und im Jahre 1913 nach England gebracht, sie befinden sich derzeit im British Museum;

der Rest soll verloren gegangen sein. Von den drei erhaltenen ist eine in einer noch nicht entzifferten Schrift aramäischen Charakters geschrieben, die beiden andern sind von Professor Minns mit Unterstützung einiger andern englischen Gelehrten gelesen worden und werden jetzt a. a. O. veröffentlicht, mit einem Kommentar, dem vieles Lob gespendet werden muß, weil er alles bietet, was man bei der Schwierigkeit der Aufgabe verlangen kann. Das erste dieser Dokumente (I) entstammt dem Jahre 88, das zweite (II) dem Jahre 22/21 v. Chr. Das Schreibmaterial ist bei beiden Pergament oder Leder, über den Schriftcharakter kann man sich aus den der Publikation beigegebenen Photographien eine deutliche Vorstellung machen, wobei man den Eindruck gewinnt, daß Nr. I ebenso leicht, als Nr. II schwierig zu entziffern war. Letztere, obwohl jünger, hat auch, wie der Herausgeber im einzelnen nachweist, einen mehr archaischen Schrifttypus. Gleich ist aber in beiden der Urkundenstil; er zeigt so weitgehende Übereinstimmungen mit dem der ptolemäischen Urkunden aus Ägypten, daß man dies als einen neuen überraschenden Beweis für die Einheit des Rechts- und Urkundenwesens im hellenistischen Gebiet bezeichnen muß. I und II sind reine Privaturkunden[1]) und zwar ist jedenfalls Nr. II — wie der Herausgeber annimmt, auch Nr. I — Doppelurkunde[2]), von II ist bei der Ablieferung an den Herausgeber die scriptura interior noch eingerollt und mit einem Faden und Siegeln verschlossen gewesen, wie die Abbildung S. 22 versinnlicht. Der Text wird eröffnet mit den Regierungsdaten und schließt nach der Weise der *συγγραφαὶ ἑξαμάρτυροι* mit der Aufzählung der Urkundszeugen, deren aber hier nur drei sind.

Dem sachlichen Inhalt nach ist I ein Kaufvertrag oder, genauer, kaufweise Auflassung[3]) betreffend ein Weingartenstück. Die Verkäufer erklären (*ἐξωμολογήσατο καὶ συνεγράψατο Βαράκης καὶ Σωβήνης*): *εἰληφέναι*

---

[1]) Wie Minns p. 60 Anm. 135 betont, ist ein Agoranomos aus jener Gegend inschriftlich bezeugt; doch ergibt sich aus seiner Belegstelle nicht, ob seine Funktionen denen in Ägypten entsprachen.

[2]) An letzterer Annahme können freilich die mehrfachen Divergenzen zwischen ihren beiden Paralleltexten (I A u. I B) etwas zweifelhaft machen; vor allem der Umstand, daß das verkaufte Grundstück, das in I A l. 11 bezeichnet wird als *ἡ ἐπονομαζομένη Δαδβαναράς*, in B lin. 13 *ἡ ἐπον. Γανζακή* genannt wird; so wie der Papyrus vorliegt ist er tatsächlich nicht Doppelurkunde, sondern repräsentiert zwei verschiedene, nur von denselben Parteien zum gleichen Preis am selben Tag vollzogene Verträge. Doch ist bei der weitgehenden Übereinstimmung der Bestimmungen die Annahme des Hrgs., daß es sich auch hier wie sicher in Nr. II um Doppelredaktion desselben Kaufs handelt, wohl gerechtfertigt; die Abweichungen erklären sich so, daß der ersichtlich sehr ungeschickte Redaktor eine ältere Vorlage benutzt hat und dabei in der ersten Hälfte seiner Niederschrift mehr abgeschrieben hat, als er im gegebenen Fall sollte. Selbst in B lin. 10 hat er bei Angabe des Kaufgeldes zuerst unrichtig *τριάκοντα* (*δραχμάς*) geschrieben, dies dann aber in *τεσσαράκοντα* verbessert, während es in A stehen geblieben ist. Vermutlich enthalten auch die sonstigen Divergenzen, welche B gegenüber A zeigt, sachlich das Richtigere.

[3]) Ob ihr, wie stets in den thebanischen Urkunden der Ptolemäerzeit, ein sogen. Protokoll vorhergegangen war, sehen wir nicht.

παρὰ Γαθάκου — δραχμὰς τριάκοντα, τειμὴν ἀμπέλου .... ἔστω τὸ ἓν μέρος[1]) *Βαράκει κ[αὶ] τὸ ἓν μέρος*[2]) *Γαθάκει.* Also Kaufpreisquittung und Eigentumsüberlassung, letztere freilich mit ganz anderm Ausdruck, wie in den Ptolemäerurkunden. Doch bieten dabei ll. 8—12 große Schwierigkeit; denn sie sagen: *ἐξωμολογήσατο καὶ συνεγράψατο Βαράκης καὶ Σωβήνης οἱ τοῦ Μαιφόρρου υἱοὶ εἰληφέναι παρὰ Γαθάκου τοῦ Οἰπάτου ἀργυρίου ἐπισήμου δραχμὰς τριάκοντα τειμὴν ἀμπέλου τῆς οὔσης ἐν κώμῃ Κωπάνει ... τὸ ἴδιον μέρος τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ μέρος παρὰ τῶν συνκλήρων .... ἔστω τὸ ἓν μέρος Βαράκει κ[αὶ] τὸ ἓν μέρος Γαθάκει,* so in der scriptura interior, während die hier wieder abweichende Textierung der exterior lautet *τὸ ἴδιον μέρος τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ τὸ ἴδιον* und dann statt *τὸ ἓν μέρος*: *τὸ ἥμισυ.* Hier ist das Kaufobjekt, das übrigens wegen des Genetivs *ἀμπέλου* gleichfalls im Genetiv zu nennen gewesen wäre[2]), doppelt bezeichnet; der Herausgeber vermutet zu der ersteren Stelle, daß *τὸ ἴδιον μέρος* kopflos abgeschrieben war und der Verfasser nur die Durchstreichung vergessen hat; indes ist nach der scriptura exterior vielleicht anzunehmen, die richtige Ausdrucksweise wäre gewesen *τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ παρὰ τῶν συνκλήρων ἴδιον μέρος.* Nicht gesagt wird dabei, ob der verkaufte Anteil ein reell abgegrenztes Grundstück war oder bloß die ideale Mitberechtigung am *κλῆρος*; doch scheint schon der Zusatz *μετὰ ὕδατος καὶ ἀκροδρύοις καρποφόροις τε καὶ ἀκάρποις καὶ εἰσόδῳ καὶ ἐξόδῳ καὶ τοῖς συνκύρουσιν ἐφ' αὐτὴν πᾶσιν* auf das erstere hinzuweisen, und mit Sicherheit ergibt es sich aus der Art, wie in lin. 17f. dem Käufer die Kulturpflicht auferlegt wird. Nur kann vielleicht der Zusatz *τὸ ἐπιβάλλον παρὰ τῶν συγκλήρων* im Zusammenhang mit dem Mangel einer festen Größenangabe dahin gedeutet werden, daß die einzelnen Weinbergshufen in jener Feldgemeinschaft zur Zeit des Verkaufs noch nicht durch dauernde Grenzen von einander getrennt waren, sondern nur nach der faktischen Benutzung; dann läge noch kein reines Individualeigentum vor.

Eine zweite und zwar eine Doppelschwierigkeit ist die: Als Verkäufer werden zwei genannt, die beiden Söhne des Maiphorros: Barakes und Sobenes; während das Kaufobjekt nur eines ist, *τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ μέρος,* und sodann soll von diesem der Käufer Gathakes nur die Hälfte haben, die andere Hälfte bleibt aber nicht beiden Verkäufern, sondern nur dem Barakes. Demnach ist in Wahrheit trotz dem ungeschickten Ausdruck nur die Hälfte des Grundstücks verkauft und zwar, wenn beide Söhne des Maiphorros Miteigentümer des Ganzen gewesen waren, die des Sobenes.[3]) Daß daneben Barakes noch als Mitverkäufer mitfiguriert, ließe sich, wenn es überhaupt einen Sinn haben soll und nicht

---

[1]) So in der scr. interior; die exterior sagt: *τὸ ἥμισυ.*

[2]) Doch ist dieser Konstruktionsfehler bei Quantitätsangaben auch in den Papyri häufig, z. B. Lips. 16, 13f. (*μισθώσασθαι*) *ἐνοικίου ... ἀργυρίου δραχμὰς εἴκοσι*; Lips. 11, 1—2 *χρῆ[σι]ν — κεφαλαίου σὺν τόκῳ ἀργυρί[ο]υ δραχμὰς [χ]ειλίας [δι]ακοσ[ί]ας* u. ö.

[3]) Mit dem *αὐτός* u. *τὸ ἐπιβάλλον αὐτῷ μέρος* kann dann entweder Sobenes oder der Vater Maiphorros gemeint sein.

auf die bloße Ungeschicklichkeit der Redaktion zurückzuführen ist, so erklären, daß er als Miterbe seines Vaters (oder kraft allgemeiner Bestimmung des Rechts an solchen *κλῆροι*) beim Verkauf ein Näherrecht besaß oder daß die Parzelle bisher noch ungeteiltes Miteigentum beider Brüder war und in einem Gesamthandsrecht stand; dann würde erst durch den Verkauf die Teilung herbeigeführt.[1]) Schließlich wäre noch nach der rechtlichen Natur des verkauften Weingartens zu fragen: Eigentum oder Erbpachtgut? Für letzteres besteht in der Urkunde kein Anhaltspunkt; denn von einem fortlaufenden Zins ist keine Rede, sondern nur von einmaligem Kaufpreis. Daraus folgt aber noch nicht, daß wir freies Eigentum im Sinne des römischen ager optimo jure privatus anzunehmen hätten; es ist wohl möglich, daß irgendein Lehensbesitz nach Art des ägyptischen Katökenlandes vorlag. Irgendwelche Abgaben lagen auf dem Grundstück nachweislich; nach lin. 17 sollen die Besitzer es genießen *τελῶντες κατ' ἐνιαυτὸν κοινῇ τὰ γεγραμμένα ἐν τῇ παλαιᾷ συγγραφῇ πάντα ἀπὸ πλήρους*; mit der *παλαιὰ συγγραφή* ist wohl das königliche Regulativ gemeint, welches die Besitzer in den *κλῆρος* einführte und ihre Rechtsstellung festlegte. Darin mögen wohl fortlaufende Abgaben an den Lehnsherrn normiert gewesen sein, die die Stelle einer Grundsteuer vertraten. Wenn außerdem dem Käufer noch durch Festsetzung einer hohen Unterlassungsstrafe die Pflicht auferlegt wird, den Weingarten nicht zu vernachlässigen, sondern in Kultur zu halten, so kann auch dies auf die Übernahme einer dem Verkäufer kraft der Verleihungsurkunde obliegenden Arbeitspflicht gedeutet werden; diese Deutung ist sogar wahrscheinlicher als die, daß Barakes als zukünftiger Mitbesitzer und Nachbar (reelle Teilung vorausgesetzt) ein natürliches Interesse daran hat, daß das Nachbargrundstück nicht verwildert. Am Schluß der scriptura exterior steht noch ein Zusatz (auf der interior abgekürzt von zweiter Hand nachgetragen), wonach Gathakes dem Barakes ein *ἔνβαθρον* in bestimmten Naturalien leisten soll, das ist wohl eine herkömmliche Gebühr für die Besitzeinweisung, umgekehrt bekommt er von ihm von der Kelter, verschiedene Sporteln, deren Bedeutung wir nicht recht verstehn.

Nr. II enthält eine Überlassung zu Erbpacht (denn es wird nebst einem Kaufpreis ein ewiger Jahreszins verabredet) einer *ἄμπελος ἐν ψειλοφύτωι*. Für letzteren Ausdruck, den ich ursprünglich auf „unbebaut“ deutete, schlägt der Herausgeber jetzt mit Bezug auf Aristot. Pol. 1, 11, 4 und Theophr. Caus. Plaut. 3, 20, 1 die Deutung: Kornland (im Gegensatz zu Wein- und Ölgarten) vor; ich muß dem ohne weiteres beistimmen, es scheint mir schon etymologisch geboten, wegen des Stammes *φυτος* an irgendeine Art der positiven Bestellung zu denken. Hier ist die Parzelle schon laut der *παλαιὰ συγγραφή* eine räumlich abgegrenzte (l. 9), für einen Teil seines Zinses stellt der Erbpächter einen *βεβαιωτής* (während in Nr. I für die Verkäufer kein *βεβαιωτής* auftritt,

[1]) Was oben als auf eine Art Realteilung deutend angeführt wurde, wäre dann proleptisch zu verstehen.

im Gegensatz zu den Ptolemäerkäufen sondern ein ἔγγυος καὶ συνέγδοτος [soll heißen συνεγδότης, Deißmann]); diese βεβαίωσις ist insofern auffallend, als ein immerwährender Zins durch einen Bürgen nicht hinreichend gesichert werden kann[1]. Außer dem jährlichen Zins zahlt übrigens der Erbpächter noch einen Kaufpreis von 55 Drachmen; der Zins besteht teils in Naturalien, teils in Geld, das hier teils als [jährliches] ἔνβαθρον bezeichnet wird, teils, was schwer zu verstehen ist, als σκέλος.

Leipzig. **Mitteis.**

---

[1]) Vgl. zu der Stelle Minns p. 57.

Literatur.

F. Stella Maranca, Intorno ai frammenti di Celso. Roma, Ermanno Loescher & Cie. 1915. 195 S. 8⁰.

Eine nützliche und lobenswerte Arbeit. Der bereits durch mehrere kleinere Schriften bekannte Verfasser hat auf Anregung von Ferrini sich vorgenommen, ein besonderes Werk über P. Juventius Celsus zu verfassen — eine glückliche Idee, welche allerdings nicht Ferrini allein gehabt hat; auch Josef Kohler hat, wenn mir recht ist, sogar wiederholt die Absicht geäußert über Celsus zu schreiben, und ich darf bekennen, daß unabhängig davon der gleiche Wunsch bei mir selbst sich schon oft geregt hat. In der Tat ist es ein Gebot historischer Gerechtigkeit, daß nach den vielen meist geschmacklosen Phrasen, die der Größe Papinians, oft auch Julians schon von jeher gewidmet worden sind, einmal auch die universale Bedeutung des Mannes geschildert wird, der für den Vindikationsprozeß und so vieles andere die unverrückbaren Grundlagen gelegt hat und gewiß zu den größten Erscheinungen aller Rechtsgeschichte gehört. Unser Verfasser bietet zunächst nur eine Vorarbeit, welche aber dem Ernst und der Gewissenhaftigkeit seiner Arbeitsweise ein vortreffliches Zeugnis ausstellt. Er gibt eine Palingenesie der Celsinischen Schriften, die natürlich größtenteils, aber nicht vollkommen, mit dem entsprechenden Teil der Lenelschen Palingenesie parallel geht. Außerdem, und darin liegt das Schwergewicht der derzeitigen Vorarbeit, ist er beflissen, überall den Originaltext des Celsus herzustellen, durch Angabe sämtlicher Korruptelen und Interpolationen. Er hat die Literatur auf solche gründlich durchforscht und in einer für einen Einzelnen staunenswerten Reichhaltigkeit fast zu jeder Stelle eine Masse von Vorschlägen verzeichnet. Diese Zusammenstellung muß eine kolossale Mühe verursacht haben; in Zukunft werden die Verfasser ähnlicher Arbeiten, das möchte ich gleich bemerken, sich solche Arbeit etwas erleichtern können, weil der Leipziger Interpolationenindex, dessen Zweckmäßigkeit ich hier bestätigt sehe, solche Sammelarbeit für die Literatur der letzten zwanzig Jahre großenteils vorwegnimmt; und wenn er auch noch nicht im Druck erschienen ist — dieser wird vielmehr durch den jetzigen Krieg einigermaßen, hoffentlich nicht mehr allzusehr, verzögert, so steht doch jedermann die Einsicht der eingesandten Scheden zu jeder Stelle oder der Bezug einer Abschrift derselben frei. Eine

Garantie der Vollständigkeit wird er freilich nicht geben können, weil wir uns meist auf die von den Autoren selbst eingesandten Exzerpte stützen müssen, deren Zulänglichkeit nicht überall die gleiche ist; insofern wird eine Arbeit wie die von Stella Maranca ihren bleibenden Wert behalten. Unser Verfasser hat freilich, wie zu vermuten, einen großen Teil seiner Arbeit schon getan gehabt, als er von dieser Sachlage erfuhr, und gewiß gehen seine Vorstudien schon auf eine längere Reihe von Jahren zurück. Sein Fleiß und seine gründliche und methodische Arbeitsweise müssen rühmend hervorgehoben werden; möge er nun seinem Werk die Krone aufsetzen durch eine der Bedeutung des Objekts entsprechende Darstellung des Celsinischen Lebenswerkes. Wenn ihm diese gelingt, kann ein Werk zustande kommen, aus dem wir vielleicht noch mehr lernen als aus Pernices Labeo; denn Celsus ist einer der aussichtsreichsten Gipfel in der Kette der klassischen *κορυφαί* und viel dankbarer als der zu exzentrisch gelegene Labeo, wie denn Pernice von diesem selbst in der Regel am wenigsten zu sagen hat. Diese Reminiszenz veranlaßt mich noch zu einem weiteren Wunsch. Möge dem Verfasser, wenn er an die Darstellung herantritt, die Kraft zur Aufstellung und Festhaltung großer Gesichtspunkte gegeben sein, damit wir nicht wieder eine „Dogmengeschichte" erhalten, die in Wahrheit weniger einer solchen, als einer Zusammenstellung von Exzerptenzetteln gleicht und bei der jeder Satz den vorhergehenden beschränkt oder aufhebt, so daß alles einzelne klug und vernünftig klingt, am Schluß aber man nicht weiß, was man eigentlich gelesen hat. Mit diesem Wunsch sage ich dem Verfasser Glück auf den Weg; möge er mit reicher Ausbeute zurückkehren.

Leipzig. Mitteis.

M. Schorr, Urkunden des altbabylonischen Zivil- und Prozeßrechts. (Vorderasiatische Bibliothek, Band V.) Leipzig, Hinrichs'sche Buchhandlung 1913. LVI und 618 S.

Ich glaube mich bei der Anzeige dieses Buches kurz fassen zu können, da ich es an anderer Stelle (in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1914 S. 402—442) ausführlich besprochen habe. Ich habe dort auch versucht, die Stellung zu kennzeichnen, welche meines Erachtens das Studium der babylonisch-assyrischen Rechtsquellen im Rahmen der rechtsgeschichtlichen Forschung einzunehmen hat. Auf diese Ausführungen sei hiermit verwiesen.[1]) An dieser Stelle nur folgendes.

Schorr gibt aus dem derzeit ungefähr 1500 Stücke umfassenden Bestande veröffentlichter Rechtsurkunden aus der Zeit der ersten

[1]) Vgl. jetzt auch die ausführliche Anzeige Torczyners, Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes (1914) S. 436 f., die das Buch indessen mehr vom philologischen Standpunkt aus würdigt. Eie Reihe von Lesungen Schorrs berichtigt Walther, Zeitschrift der deutschen morgenländischen Gesellschaft 69 S. 415 f.

babylonischen Dynastie eine Auswahl von 317 Texten in Transskription und Übersetzung. Jeder Urkunde sind eine kurze Inhaltsangabe, Hinweise auf frühere Bearbeitungen und Literatur, sowie philologische und juristische Anmerkungen beigefügt. Der Verfasser gliedert, wie schon der Titel des Werkes anzeigt, sein Material in zwei große Abschnitte, in Geschäfts- und Prozeßurkunden. Die letzteren (Nr. 257 bis 317) sind relativ am stärksten berücksichtigt. Mit Recht. Denn sie sind individueller als die Geschäftsurkunden und geben nicht nur über den Zivilprozeß, sondern auch über das Privatrecht wertvolle Aufschlüsse. Die Geschäftsurkunden gliedert Schorr nach den Kategorien: Personen- und Familienrecht, sowie Obligationenrecht, innerhalb dieser nach den einzelnen Geschäftstypen wie Ehe-, Adoptions-, Freilassungsurkunden, Kauf-, Tausch-, Pacht-, Mietverträge, Darlehen usw. Den Urkunden jedes einzelnen Geschäftstypus ist eine Zusammenstellung der Hauptergebnisse der betreffenden Texte vorangeschickt. Die Einleitung des Werkes (S. I—LVI) bietet neben orientierenden Bemerkungen über die einschlägigen Quellenpublikationen und Literatur einen vortrefflichen Grundriß einer altbabylonischen Urkundenlehre. Den Abschluß bilden ausführliche Register. Das zur Zeit der Veröffentlichung des Werkes zugängliche Urkundenmaterial ist vollständig berücksichtigt, hat aber seither wieder eine ganz beträchtliche Vermehrung erfahren.[1])

Wie diese Inhaltsübersicht lehrt, bietet Schorr nicht bloß eine Chrestomathie altbabylonischer Urkunden, sondern zugleich auch eine Darstellung des altbabylonischen Privat- und Zivilprozeßrechts im Grundriß. Das Buch ist auf diese Weise ein zuverlässiger Führer für den Juristen, der nach Aneignung der erforderlichen sprachlichen Kenntnisse sich in dieses Quellengebiet einarbeiten will. Allein auch dem Rechtshistoriker, der diese ersten Schwierigkeiten bereits überwunden hat, wird es, wenn er im Gebiete des altbabylonischen Rechts arbeitet, immer zur Hand sein müssen, wenngleich ihm die Mühe, auch nicht transskribierte Texte zu benutzen, noch immer nicht erspart ist.

Es ist kein Zufall, daß eine solche Urkundensammlung gerade für das Gebiet der Urkunden der ersten babylonischen Dynastie veranstaltet wurde. Gehört dieser Zeit doch das Gesetzbuch Hammurapis an, das zuerst das Interesse weiterer Kreise auf die babylonisch-assyrischen Rechtsdenkmäler gelenkt hat und von dem erst kürzlich wieder neue Kopien und Fragmente bekannt geworden sind.[2]) Allein die dank-

---

[1]) Vgl. Cuneiform texts from Babylonian tablets in the British Museum Bd. 33 herausgegeben von King; Waterman, Business Documents of the Hammurabi period (American journal of Semitic languages Bd. 29 und 30); Holma, Zehn altbabylonische Tafeln in Helsingfors (Acta societatis scientiarum Fennicae Bd. 45) und Vorderasiatische Schriftdenkmäler der Königlichen Museen zu Berlin, Heft 13 herausgegeben von Figulla, im ganzen ungefähr 200 Texte.

[2]) Vgl. Langdon, Historical and religious texts from the temple library of Nippur (The Babylonian expedition of the university of Pennsylvania, Series A Bd. 31) S. 49 f., Tafel 20/21; Poebel, Historical and

bare Anerkennung des auf diesem Gebiete bisher Geleisteten soll uns nicht hindern, auf die neubabylonischen Urkunden hinzuweisen. Das Mißverhältnis zwischen der Zahl der keilschriftlich veröffentlichten und der transskribierten, beziehungsweise bearbeiteten Texte ist hier ein schreiendes. Schorr würde sich ein großes Verdienst erwerben, wenn er eine ähnliche Arbeit auch auf diesem Gebiete leisten würde. Er wäre vor allen dazu berufen.

Leipzig. Paul Koschaker.

Filippo E. Vassalli, Miscellanea critica di diritto Romano, 2. Heft (Estratto dagli annali della facoltà di giurisprudenza dell' università di Perugia 1914). Rom, Athenaeum 1914. 56 S.

Der Verfasser setzt in dieser Arbeit seine Interpolationenstudien fort, über die er ein Jahr vorher bereits ein erstes Heft unter demselben Titel veröffentlicht hatte. Vgl. meine Anzeige in dieser Zeitschrift 34, 426f. Der dort ausgesprochene Wunsch, daß der Verfasser bei Fortsetzung seiner Studien die dogmatischen Zusammenhänge, auf die er seine Interpolationennachweise stützt, in der Darstellung mehr hervortreten lassen möge, ist leider unerfüllt geblieben. Ja noch mehr. Was dort vielleicht mehr ein Mangel der Darstellung war, erweist sich hier als ein tiefer liegender Fehler. Zwar fehlt es nicht an einer einheitlichen Fragestellung. Die römischen Juristen begründen häufig eine Entscheidung mit dem Hinweise, daß es sich mehr um eine quaestio facti als um eine quaestio iuris handle, oder umgekehrt, sie bezeichnen bestimmte rechtliche Erscheinungen als res iuris, andere als res facti. Der Verfasser ist nun bemüht nachzuweisen, daß diese Gegensätze in vielen der in Frage kommenden Stellen Kompilatorenwerk seien. Auf eine Inhaltsangabe muß ich verzichten. Denn sie müßte die einzelnen vom Verfasser besprochenen Stellen der Reihe nach durchnehmen. Es genüge der Hinweis, daß in bunter Reihe Fragen der Urteilsnichtigkeit (S. 9f.), des Besitzrechts (S. 31f.), der Wirkung des postliminium (S. 6f., 44f.) u. a. m. erörtert werden. Daß hierbei der Verfasser im einzelnen zu hübschen Ergebnissen gelangt, soll bereitwillig zugestanden werden. Vgl. z. B. die gute Beobachtung (S. 13f.), daß das klassische Recht mit der Urteilsnichtigkeit in weit größerem Umfange operierte als das spätere Recht, weil die Inappellabilität des Geschworenenspruchs eine Remedur durch Überprüfung seitens einer zweiten Instanz ausschloß, die schönen Interpolationennachweise zu D. 12, 2, 42 pr., die scharfsinnigen Erörterungen zu D. 41, 3, 15 pr.; 49, 15, 12, 2 (zur Frage der

---

grammatical texts (University of Pennsylvania, The University Museum, Publications of the Babylonian section Bd. 5) Nr. 93 und dazu Poebel, Orientalistische Literaturzeitung 18, S. 161f., 193f., 225f., 257f.

Wirkung des postliminium auf die condicio usucapiendi). Auf der anderen Seite konstatiert man allerdings, daß der Verfasser ziemlich häufig bei der Behauptung von Interpolationen sich lediglich auf sprachliche Indizien stützt, wenn gar er es nicht vorzieht, eine Stelle durch beigesetzte Klammern, durch ein mit oder ohne Fragezeichen hinzugefügtes „interpolato" (vgl. z. B. S. 5f.) als unecht zu erklären, es dem Leser überlassend, sich die offenbar selbstverständlichen Gründe für die Interpolation zusammenzusuchen.

Das Ergebnis der Untersuchung ist, daß die Gegensätze zwischen quaestio facti — quaestio iuris, res facti — res iuris den klassischen Juristen zwar nicht fremd waren, daß sie aber für die Kompilatoren gewesen seien — ich lasse den Verfasser (S. 52) selbst sprechen — mezzo favorito per sostituire una soluzione ispirata alle nuove tendenze o all' arbitrio legislativo nel luogo dell' originaria che il giurista desumeva dal rigore del diritto. Das ist recht wenig und unbestimmt. Es genügt eben nicht, zu konstatieren, daß eine Stelle interpoliert worden sei, solange man nicht weiß, warum dies geschehen ist. Die Tatsache der Interpolierung einer Stelle — man verzeihe diese vielleicht ketzerische Behauptung — bietet an sich eine noch sehr unvollkommene Erkenntnis. Denn wir treiben nicht Interpolationenforschung, sondern Rechtsgeschichte, bei der uns die Interpolationenforschung ein Forschungsbehelf ist. Damit soll selbstverständlich nicht behauptet werden, daß Detailuntersuchungen zu einzelnen Stellen überflüssig seien. Allein sie sollen das sein, was sie in der Tat sind: Vorarbeiten. Der Verfasser berichtet, daß die vorliegenden Studien ein capitolo preliminare zu einer größeren Untersuchung über die ignorantia iuris et facti darstellen. Vielleicht erwägt er pro futuro, ob seine gewiß schönen Einzelergebnisse nicht gewännen, wenn er sie in größere dogmatische und rechtsgeschichtliche Zusammenhänge eingeordnet vorlegte.

Leipzig. Paul Koschaker.

Leonard Vos, Iniuria en de actio iniuriarum. Amsterdam, A. H. Kruijt 1913. XII und 159 S. 8°.

Ulpian, l. 1 pr. D. 47, 10, stellt nebeneinander den allgemeinen Begriff der iniuria (omne quod non iure fit iniuria fieri dicitur, hoc generaliter) und das spezielle, das Delict der iniuria nebst der actio iniuriarum begründende Unrecht (specialiter autem iniuria dicitur contumelia). Diese Ansicht wurde im großen ganzen von Justinian bestätigt: pr. I, 4, 4. So weit war man bis jetzt ziemlich einig, wie auch darüber, daß das iniuria-Delikt im Grunde aufzufassen sei als eine Verletzung der Persönlichkeit, wenn freilich auch über die nähere Feststellung und Abgrenzung dieses Begriffes viel Streit herrschte. In der vorliegenden Schrift wird der Versuch gemacht zur Lösung der Frage im Sinne der Identifizierung des allgemeinen und des besonderen Injurientatbestandes. Der Verfasser behauptet: dem iniuria-Begriff in der actio iniuriarum

wurde schon im XII Tafelngesetz und die ganze römische Rechtsentwicklung bis zum Ende der Republik hindurch — über diese Zeit hinaus reicht die Untersuchung nicht — nie ein anderer Sinn beigelegt als = omne quod non iure fit. Damit wäre dem Delikt der iniuria eine ganz allgemeine Bedeutung zuerkannt und erhielte dasselbe eine sehr hervorragende und zentrale, wenn auch bloß subsidiäre Stelle im System der römischen Privatdelikte.

Die Schrift stützt ihre Argumentation auf die vielen, mit sorgsamem Fleiß aufgespürten Schwächen der herrschenden Ansicht in betreff des iniuria-Begriffes des römischen Rechts, — welcher Argumentation jedoch höchstens nur negativer Wert beigelegt werden dürfte —; dazu auf manche mittelst historisch-logischer Konstruktion gewonnenen indirekten Ausführungen, welche uns schwerlich zu der Meinung veranlassen können daß der Verfasser das Dunkel, welches in der römischen iniuria-Lehre herrscht, mit einem Schlag eingehend erleuchtet habe. Direkte und positive Beweise bieten die Fälle, in welchen die actio iniuriarum erteilt wird über die Verletzung der Persönlichkeit hinaus. Jedoch bilden die vestimenta scissa der l. 9 pr. D. 47, 10 und das domum introire der l. 23 eod. ebensowenig wie der Kasus der l. 24 eod. treffende Beispiele: wenn auch zugegeben werden muß, daß hier eine Vermögensbeschädigung eintritt, so bleibt doch das Element der Persönlichkeitsverletzung — freilich mittelst Vermögensbeschädigung — überwiegend. Offenbar größeren Wert hat das bona alicuius vel rem unam per iniuriam occupare der l. 15 § 31 eod. Gewiß kann bei der Abgrenzung des iniuria-Begriffes dieser Fall nicht außer Betracht bleiben, was vielleicht eine Erweiterung der üblichen iniuria-Formeln veranlassen, aber auf keinen Fall die maßlose Verallgemeinerung der iniuria = omne quod non iure fit begründen könnte.

Eine Frage hat die vorliegende Schrift wesentlich gefördert: die Frage der Unverhältnismäßigkeit der Injurienregelung des XII Tafelngesetzes in bezug auf die Sanktion. Schon hatte die anscheinend harte Bedrohung der Kapitalstrafe gegen das occentare ihre Erklärung gefunden, indem man in dem occentare, gleichbedeutend mit dem von Plinius erwähnten incantare, statt der öffentlichen Beleidigung die Anwendung von bösen Zauberkünsten erblickt hat, welche gemäß der Vorstellung eines an mystische Einwirkungen der bösen Gedankenwelt glaubenden Volkes auf Vernichtung der ganzen Persönlichkeit gerichtet war. Der vorliegenden Schrift gelingt der Versuch, das Mißverhältnis zwischen der strengen Rache im Falle des Zerbrechens eines Gliedes und der relativ unbedeutenden Geldstrafe im ziemlich ähnlichen Falle einer Knochenzersplitterung auszugleichen. Dazu soll membrum rumpere verstanden werden im ganz allgemeinen Sinn der körperlichen Verletzung. Der Satz „si membrum rupsit . . . . . talio esto“ wäre also der Ausdruck einer allgemeinen Anerkennung der Privatrache in allen Fällen der körperlichen Vergewaltigung. Die im Festustexte hinzugefügte Milderung „ni cum eo pacit“ hätte demgemäß die Bedeutung einer ebenso unbeschränkt geltenden freiwilligen Komposition. In jeder

Rechtsentwicklung wird diese jedoch bald notwendig ausgefüllt durch das erzwungene (noch nicht im Sinne des allgemein geltenden) Sühnegeld, ohne welche die Komposition eitel wäre, falls der Angegriffene und seine Sippe zur Rache nicht imstande sind, der Beleidiger jedoch die Vermittlung selbst oder doch nachher die Auszahlung des vermittelten Entgeltes verweigert. Die Strafbedrohung gegen os fractum sei nun nichts anderes als ein Beispiel einer gesetzlichen Komposition. „Membrum ruptum — talio" sei also der allgemeine Ausgangspunkt, daneben bilden besondere Bußen die gesetzlichen Strafsurrogate, für welche der für os fractum erwähnte Betrag ein Beispiel ist. Dieses allerdings sehr annehmenswerte Ergebnis bedarf jedoch einer Ergänzung.

Denn es bleibt immer die Frage übrig: welcher Platz ist in diesem System der leichten Geldstrafe zu 25 Assen gewährt? Nach Gaius (III, 233) werden die Fälle dieser leichten Strafe ohne weitere Andeutung ceterae iniuriae genannt. Der Paulinische Text (Coll. II, 5, 1) bestimmt aber näher das innere Verhältnis der verschiedenen Vergehen. Der mit Buße von 25 Assen bedrohte Fall wird mit dem einfachen Namen iniuria angedeutet, und zwar die betreffende Strafbestimmung als lex generalis, während die Regel in betreff des os fractum lex specialis heißt und zwar als Beispiel einer lex specialis erwähnt wird („velut ille"). Daraus läßt sich schließen auf den allgemeinen Sinn der iniuria = der nicht qualifizierten Grundform der Persönlichkeitsverletzung, woneben qualifizierte Formen strenger bestraft wurden: als deren eine, wahrscheinlich die meist auffällige (vielleicht auch die am strengsten bestrafte?) das os fractum erscheint.

Leyden. J. van Kan.

B. H. Vos, Rechtsgeschiedkundige beschouwingen over het Romeinsche huwelijk. Leiden, P. J. Mulder & Zoon 1913. 147 S. 8°.

Der Verfasser teilt mit, er hätte eine umfassende Arbeit über die römische Ehe zu schreiben beabsichtigt und er legt sogar den ausführlichen Plan dieser Arbeit vor. Leider wurde dieselbe nicht fertig. Was der juristischen Fakultät zu Leiden zur Erlangung der Doktorwürde angeboten und nachher der Öffentlichkeit übergeben wurde, ist nur ein Bruchstück.. Dieser fragmentarische Charakter haftet der ganzen Abhandlung mehr oder weniger an und beeinträchtigt auch den fertig gewordenen Teil, der uns vorliegt.

Nach einigen einleitenden Bemerkungen unternimmt der Verfasser die geschichtliche Darstellung der römischen Ehe. Fünf Perioden bieten fünf verschiedene Gestaltungen. Vor der XII Tafelgesetzgebung sind Ehe und manus in einem einzigen familienrechtlichen Verhältnis verschmolzen. In der zweiten Periode, von den XII Tafeln bis zum Ende der Republik, fängt die manus an, sich von der Ehe zu lösen, aber der

nichtsdestoweniger fortdauernde enge Zusammenhang der beiden Institute äußert sich darin, daß manus und Ehe durch dieselben Handlungen begründet werden. Mit der Kaiserzeit wird die freie Ehe ganz allgemein, wozu die Augusteische Gesetzgebung kräftig mitgewirkt hat. Während der Monarchie haben Ehe und manus sich völlig voneinander gelöst, es besteht nur noch eine einzige Ehe, die Ehe ohne manus. In der Justinianischen Zeit ist schließlich die manus gänzlich verschwunden.

Den verschiedenartigen Eheformen gegenüber, welche die Geschichte uns also kennen lehrt, stellt der Verfasser nun die Frage: enthalten diese verschiedenen Eheformen einen gewissen gemeinsamen Kern, so daß man, trotz aller Divergenz, von einer einheitlichen römischen Ehe reden kann? Nach eingehender Untersuchung wird die Frage bejahend beantwortet, denn es zeigt sich, daß in allen Perioden die Ehe an die folgenden Erfordernisse geknüpft war: die juristische Fähigkeit, (prinzipiell) die Dauer des ehelichen Bandes auf die ganze Lebenszeit, das Ziel der Kindererzeugung, die rein juristische Natur des Vertrages, schließlich die Lebensgemeinschaft.

Hätte der Verfasser hier Schluß gemacht, so wäre der Arbeit der oben gemachte Vorwurf des fragmentarischen Charakters, der ihr nun anhaftet, erspart geblieben. Der Zusatz steht kaum in Zusammenhang weder mit dem Hauptthema noch mit sich selbst: eine längere Ausführung über die neueren philosophischen Anschauungen in bezug auf die Ehe; nachher eine Abhandlung über die juristische Natur des begründenden Rechtsgeschäfts, welche nachzuweisen sucht, die Ehe sei nicht als rein obligatorischer Vertrag, weder als Gesellschaftsvertrag noch als Realkontrakt, zu betrachten — was übrigens heutzutage kein Mensch mehr zu behaupten gedenkt; schließlich einige ganz fragmentarische Seiten über die außerehelichen, der Ehe mehr oder weniger ähnlichen Verbindungen.

Leyden. J. van Kan.

J. H. van Meurs, Rechtsgedingen over bepaalde goederen in oud-Helleense Rechten. Utrechtsch proefschrift. Amsterdam, A. H. Kruijt 1914. 94 S. 8°.

Bis vor relativ kurzer Zeit das Studium der griechischen Papyri die Romanisten dem hellenistischen Volksrecht näher führte, hatte die Rechtsgeschichte sich selten ex professo mit dem altgriechischen Recht beschäftigt. Sie überließ die Pflege desselben hauptsächlich der Philologie, welche übrigens zu diesem Zwecke über sehr geeignete Mittel verfügte: die bequeme Beherrschung des Quellenmaterials und die gründliche Kenntnis der griechischen Kultur und der griechischen gesellschaftlichen Verhältnisse. Aber es fehlte der Philologie die juristische und die rechtsgeschichtliche Bildung, ohne welche jedes Rechtsstudium zum Dilettantismus verurteilt ist. Wenn also im allgemeinen die altgriechische

Rechtsgeschichte unter dem Banne dieses Makels stand, mußte dieser Defekt ganz speziell bei dem subtilen Rechtsstoff fühlbar werden, welchen die vorliegende Schrift zu bearbeiten unternimmt: die Klagen um Gut, womit besonders die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel gemeint sind.

Die Endergebnisse der Untersuchung betreffen vor allem die Terminologie, sodann die Art der dinglichen Klagen selbst. In betreff des erstgenannten Themas kritisiert der Verfasser gründlich die vielverbreitete Vorstellung (welche mutatis mutandis früher auch in der Germanistik herrschte), das altgriechische Recht hätte Besitz und Eigentum in einer Terminologie (*ἔχειν*) und infolgedessen in einem Begriffe zusammengefaßt. Zwar läßt sich kein bestimmter, genauer Ausdruck für das Eigentum in den Quellen namhaft machen, zwar wird auch der Besitz nicht in einer knappen, einheitlichen Weise benannt, sondern mittels sehr differierender und auf die verschiedenen Fälle des Sachbesitzes sich beziehender Spezialausdrücke. Allein es läßt sich nachweisen, daß die Griechen nichtsdestoweniger Besitz und Eigentum als tatsächlich nicht identische Rechtsbegriffe behandelt haben.

Diese einleuchtende Feststellung der Terminologie wird maßgebend für die Untersuchung über die Natur der Klagen um Gut, zumal der beiden Klagen, welche hervorragend sind im dinglichen attischen Rechtssystem, der *διαδικασία* und der *δίκη ἐξούλης*.[1]) Die bisher zur Erklärung der erstgenannten versuchten Hypothesen werden nach kritischer Untersuchung zurückgewiesen. Die betreffende Klage — deren ziemlich allgemein angenommene Duplizität übrigens abgelehnt wird — existiere nicht an und für sich, da sie ja nicht nur des eignen Forums und der eignen Form, sondern auch des eignen Inhalts entbehrt. Infolgedessen sei dieselbe nur ein Kollektivname für mehrere aus verschiedenen Teilen des Privatrechts herstammenden Klagen, welche im allgemeinen die Frage, wem etwas zukomme oder wer zu etwas gehalten sei, streitig machen. In bezug auf die *δίκη ἐξούλης* ist auch für den Verfasser Nabers Ansicht maßgebend, welche in derselben eine negatorische Klage erblickt gegen Unrecht, das von seiten des Besitzers oder Dritter verübt wird.[2]) Die vorliegende Schrift geht jedoch einen bedeutenden Schritt weiter und sucht der *δίκη ἐξούλης* die allgemeine Bedeutung einer zentralen Klage beizulegen, welche die Aufgabe hat, eine unbeschränkte Zahl von subjektiven Rechten (sich gründend auf Kauf, Urteil, Erbpacht, Erbfolge, Satzung, Tausch usw.) zu schützen.

Leyden. J. van Kan.

[1]) Über diese s. jetzt oben S. 340 fg.

[2]) Mnemosyne 1902, 327.

N. C. Kist, De verweerder in het eigendomsproces naar Romeinsch recht. Leiden 1914. X und 158 S. 8°.

In der letzten Zeit erfreut sich die Passivlegitimation im römischen Recht einer regen Bearbeitung vermutlich dank dem Erfolge der bekannten Schrift von H. Siber. Das Thema hat auch dem Verfasser zu seiner preisgekrönten Leidener Inauguraldissertation den Stoff geboten. Dieselbe läßt die vielumstrittene Frage der Aktionenkonkurrenz beiseite und sucht die Aufgabe in der Lösung der Grundfrage: an welche Erfordernisse ist die Passivlegitimation im Revindikationsprozeß geknüpft?

Der Verfasser hat sehr richtig erkannt, daß ein derartiges Thema ein historisches Problem enthält und nur auf historischem Wege ins Reine gebracht werden kann. Es werden vier Perioden unterschieden entsprechend den sukzessiven Gestaltungen der römischen sachenrechtlichen Systeme. Im ältesten Recht schlummert die Reivindicatio im Diebstahlprozeß, die Zeit der Legisaktionen jedoch entscheidet den Eigentumsstreit per sacramentum. Schon während dieser beiden älteren Perioden genügt zur Passivlegitimation nicht die einfache tatsächliche Gewalt über die Sache. Dieselbe hat schon juristische Formen angenommen: die Detention, d. h. der ursprüngliche Besitz im Namen eines Dritten, und der usus, d. h. der ursprüngliche Besitz im eigenen Namen. Maßgebend für die Passivlegitimation sei nun in ältester Zeit der animus[1]) des Ususberechtigten, im Zeitalter der Legisaktionen der animus[2]) domini[2]) ex jure Quiritium. Mit der Einführung der Besitzinterdikte (dritte Periode) wurde die Lage des Beklagten bedeutend verbessert und außerdem das prozessualische Verfahren umgestaltet. Sollte doch die prätorische Neuerung mit dem bestehenden Prozeßgang in Einklang gesetzt werden, welches Ziel mittelst der actio in rem per sponsionem praejudicialem erreicht wurde. Passiv legitimiert war dabei die Partei, welcher mit Konsens des Gegners der Besitz für die Dauer des Rechtsstreites anvertraut wurde. Das Formularverfahren (vierte Periode) schuf im petitorischen Prozeß die actio in rem per formulam petitoriam. Von jetzt an berechtigt zur Passivlegitimation nur der Besitz: anfangs die possessio quae locum habet in interdicto Uti possidetis et Utrubi, welche zutrifft bei dem Eigentümer, dem Besitzer ad usucapionem, dem Erwerber vi aut clam, dem Prekaristen, dem Pfandgläubiger, dem Sequester, dem Vektigalisten; bald kommt dazu eine neue Gruppe Besitzer: der Nießbraucher, der Superfiziar, der Bergwerkberechtigte; später der Inhaber von Mobilien und schließlich der Inhaber von Im-

---

[1]) Man lese: die Rechtsbehauptung. Der animus, das innere Willensmoment, bleibt im Revindikationsprozeß gewiß gänzlich außer Frage. Nur die Usus-, später die Eigentumsbehauptung könnte legitimieren, bis sie vom Gegner entkräftet werden.

[2]) Man lese: („die Behauptung") daß die Sache sein sei ex jure Q. (rem suam esse). Der Ausdruck dominium e. j. Q. war damals noch unbekannt.

mobilien, während schon vorher auch in dieser Hinsicht dem Besitzer gleichgestellt waren is qui dolo malo desiit possidere und is qui dolo malo liti se obtulit.

So wird die Geschichte der römischen Passivlegitimation zur Geschichte der römischen possessio. Leider fehlt dieser Darstellung der Besitzentwicklung der Nachweis der historischen Festigkeit. Gerade für diesen Boden, auf welchen die ganze Arbeit sich stützt, gibt der Verfasser weder Belege noch Zeugnisse, und so geht der breite Rahmen, der zugleich die Geschichte des Besitzes und der Passivlegitimation umfassen soll, nicht über den Wert der Hypothese hinaus. Damit steht die Arbeit im Kernpunkt auf schwacher Grundlage. In anderer Hinsicht jedoch hat sie reellen und zwar sehr erheblichen Wert. Die verschiedenen Fälle der possessio werden alle näher besprochen, einige eingehend analysiert und beleuchtet. Besonders bemerkenswert sind die Untersuchungen über den Besitz des Vektigalisten, des Bergwerkberechtigten, des Superfiziars, des Nießbrauchers und vor allem die Ausführung über den Besitz des Stellvertreters. Mancher Text wird dabei scharf und öfters mit Anwendung treffender Interpolationskenntnisse geprüft und zum richtigen Verständnis gebracht.

Leyden. J. van Kan.

Rudolf Henle, Unus casus. Eine Studie zu Justinians Institutionen. Leipzig, Deichertsche Verlagsbuchhandlung 1915. VI u. 188 S.

Ein ganzes Buch über den berüchtigten unus casus institutionum überrascht einigermaßen. Zwar gehört der unus casus zu denjenigen aus alter Zeit überkommenen Streit- und Rätselfragen, die auch in modernen Arbeiten noch gelegentlich behandelt werden. Allein wir müssen weit zurückgehen, bis wir wieder auf eine Monographie zu dieser Frage treffen. Der Verfasser beruft sich zur Rechtfertigung seiner Untersuchung auf Interpolationenforschung und Papyrologie als Eideshelfer. Allein wenn uns die moderne romanistische Forschung keine interessanteren Probleme böte als die Frage, ob auch der besitzende Eigentümer dinglich klagen könne, wäre es um sie schlecht bestellt. Erfreulicherweise ist indessen die Bedeutung des Buches weit weniger von dem behandelten Problem abhängig als man glauben sollte. Es enthält eine Reihe scharfsinniger und anregender Ausführungen, die ihren Wert auch dann behalten, wenn es dem Verfasser nicht gelungen sein sollte, die Rätselfrage des unus casus zu lösen.

Sie selbst ist bekannt genug. Nach Erörterung der actiones negativae fährt J. 4, 6, 2 fort: quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Hier sei vielmehr nur der Nichtbesitzer Kläger. Sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes optinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit. Im Anschlusse an

diese Stelle bestimmt nun der Verfasser im ersten Teile seiner Untersuchung die Voraussetzungen des unus casus, wobei er zugleich gegen die bisher unternommenen Lösungsversuche polemisiert. Dergestalt wird in geschickter Weise vermieden, im Leser die unvermeidliche Ermüdung aufkommen zu lassen, wenn er seitenlang verfolgen soll, wie von den früher aufgestellten Theorien eine nach der anderen abgetan wird. Als Voraussetzungen des unus casus ergeben sich folgende: es muß sich um eine controversia rerum corporalium handeln, somit um einen Rechtsstreit um Eigentum und zwar muß der Kläger zur Zeit der Klageerhebung im Besitze der Streitsache sein. Damit ist ausgeschlossen eine Klage wegen Vorenthaltung des Besitzes. In Frage kann vielmehr nur stehen die Eigentumsstörung. Die negatoria, an die man zunächst denken möchte, scheidet indessen aus, da sie, wie der Verfasser im Anschluß an die herrschende Meinung in längerer Darlegung ausführt, zur Abwehr der Behauptung von Servituten, nicht aber der Eigentumsstörung als solcher dient, somit eine controversia rerum incorporalium zum Gegenstand hat.

Sein eigener Lösungsversuch knüpfte an an das Nachverfahren, das bei der operis novi nuntiatio zur Dartuung des ius prohibendi des Nuntianten diente. Der Verfasser betritt damit ein Gebiet, in dem so ziemlich alles unsicher und daher auch bestritten ist.[1]) Wir wissen, daß der Nuntiat das Recht zum Weiterbauen durch außergerichtliche Kautionsleistung erwirken konnte und dann gegen Störungen des Nuntianten sogar durch das interdictum ne vis fiat aedificanti geschützt war. Viel dürftiger sind indessen unsere Kenntnisse von der prätorischen Remission des Bauverbots, weil jene in der Neuregelung der operis novi nuntiatio durch Justinian (C. J. 8, 10, 14) eine geringe Rolle spielte. Indessen brauche ich auf die damit zusammenhängenden Streitfragen nicht einzugehen. Mag man das Remissionsdekret mit dem Verfasser und der herrschenden Meinung für ein bedingtes halten, oder der Ansicht sein, daß es erst causa cognita erging (so neuestens Berger a. a. O. 1672f.), auf jeden Fall ist außer Zweifel, daß es keine endgültige Entscheidung traf, sondern dem Nuntianten den Nachweis seines ius prohibendi vorbehielt. Vgl. D. 39, 1, 20, 1. Wichtig hingegen ist die Frage, in welcher Gestalt dieser Nachweis erfolgte. Auch in diesem Punkte herrscht lebhafter Streit. Der Verfasser entscheidet sich für den ordentlichen Prozeß und kann hierfür das gewichtige Argument anführen, daß es dem Nuntianten daran liegen mußte, den ganzen Bau zu beseitigen, er aber dieses Ziel nur im ordentlichen Prozeß erreichen konnte. Die Formel, deren sich der Kläger bedienen mußte, hing von der Art des opus novum ab. Handelte es sich um ein facere in suo, d. h. baute der Nuntiat auf eigenem Boden, so mußte die Abwehr gestützt werden auf eine Servitut des

---

[1]) Aus der neueren Literatur hätten noch Naber, Mnemosyne XIX 113f. und Martin, Quelques observations sur l'operis novi nuntiatio (Études d'histoire juridique offertes à P. F. Girard I S. 123f.) berücksichtigt werden können. Vgl. neuestens auch Berger, Art. Interdictum bei Pauly-Wissowa Sp. 1670f.

Nuntianten. Lag aber ein facere in nostro vor, d. h. baute der Nuntiat auf dem Grund und Boden des Nuntianten, so versagten die überlieferten Formeln. Die petitoria war nicht verwendbar, weil der Nuntiant durch das Bauen des Nuntiaten nicht den Besitz verlor. Die Stellen (D. 39, 1, 1, 6; 5, 10), die sagen, daß man durch die Nuntiation den Gegner zum possessor mache, wollen damit nur auf die Beweislast des Nuntianten hinweisen. Andrerseits paßt auch nicht die negatoria; denn in dem facere in nostro lag nicht die Behauptung einer Servitut, sondern schlechthin eine Eigentumsstörung. Zu deren Abwehr habe der Prätor in Anlehnung an das ius prohibendi des Nuntianten eine eigene Formel erfunden, die prohibitoria, deren Name uns durch byzantinische Quellen, vor allem durch ein Scholion des Stephanus zu D. 7, 6, 5 pr. überliefert ist. Diese prohibitoria sei nun der unus casus, dessen sämtliche Voraussetzungen sie erfülle: controversia rerum corporalium, es handelt sich um Eigentumsstörung, der Kläger sei Besitzer, und endlich liege wirklich ein „einziger Fall" vor. Denn abgesehen von dem Verhältnis unter Miteigentümern, wo man die prohibitoria, da hier eine nuntiatio nicht zulässig gewesen sei, verselbständigt habe (D. 8, 5, 11), sei sie immer an die Nuntiation gebunden gewesen.

Es mußte dem Verfasser vor allem daran gelegen sein, die wenigen Quellenstellen, in denen man Hinweise auf die formula prohibitoria zu finden geglaubt hatte, auszuwerten. Nach Stephanus allerdings soll die prohibitoria sich gegen den Nießbraucher, also gegen eine Servitutsbehauptung richten. Das würde an sich nichts beweisen. Allerdings nicht deshalb, weil Stephanus D. 7, 6, 5 pr. mißverstanden habe, sondern darum, weil, wie auch allgemein angenommen wird[1]), die Stelle verderbt ist. Das letztere wird vom Verfasser allerdings bestritten. Ulpian führt hier aus: quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario vel sibi ius esse prohibendi. Der Verfasser übersetzt den Schlußsatz: wenn (der Eigentümer) bestreitet, daß gegen seinen Willen dem Nießbraucher das ius utendi zustehe, oder behauptet, daß er das ius prohibendi habe. Ulpian soll die prohibitoria nur als Beispiel zur Begründung des Satzes, daß der Eigentümer de suo iure klage, anführen. Allein wer die Stelle unbefangen liest, kann sie nur ihrem ganzen Inhalte nach auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher beziehen, und dies hat auch Stephanus getan. Jede andere Auslegung tut ihr Gewalt an. Im übrigen weist aber schon der Umstand, daß sibi ius esse prohibendi unmöglich von negat abhängen kann, auf die Hand der Kompilatoren hin. Worin ihr Eingriff bestand, ob sie vel — prohibendi anflickten oder nur ungeschickt zusammenzogen, wird sich kaum ermitteln lassen.

---

[1]) Vgl. außer Lenel, diese Ztschr. 12, 12 neuestens Segré, Mélanges Girard II 527, Riccobono, Communio e comproprietà 63 f. (Essays in legal history read before the international congress of historical studies, held in London 1913).

Was D. 8, 5, 11 betrifft, so ist es sehr bedauerlich, daß der Verfasser zu den Ausführungen Riccobonos a. a. O. 39f., 58f., obwohl er die Schrift kennt, nicht Stellung genommen hat. Nach Riccobono hatte Marcellus bei dem dem socius zugebilligten ius prohibendi nicht eine Klage im Sinne, sondern das in D. 10, 3, 28 — eine Stelle, die der Verfasser ebenfalls auf die prohibitoria bezieht — bezeugte und aus dem Wesen des römischen Miteigentums sich ergebende ius prohibendi des Miteigentümers, die Befugnis, tatsächliche Eingriffe der Genossen selbsttätig abzuwehren. So erklärt sich auch, daß den Miteigentümern untereinander das Recht zum Bauverbot fehlt. Sie brauchen es nicht, weil sie das ius prohibendi haben. Vgl. D. 39, 1, 3 §§ 1, 2, wo mit Riccobono 60f. nicht nur die Erwähnung der actio communi dividundo, sondern auch das „per praetorem" als interpoliert anzusehen sein wird. Ist das alles richtig — und Riccobono vermag seine Thesen auf ein reiches Quellenmaterial zu stützen — so fällt des Verfassers selbständige actio prohibitoria unter Miteigentümern in nichts zusammen. Bleibt noch fr. 9 pr. D. 8, 5: si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam ius tibi non esse aedificare vel aedificatum habere, quemadmodum si in area mea quid aedifices. Das paßt allerdings zu des Verfassers prohibitoria. Leider spricht aber Paulus nicht von ihr, und daß er nicht die formulare Gestaltung, sondern nur das materielle Recht erörtere (S. 73), wird man angesichts des intendam ius tibi non esse schwer glauben. Daß die geschehene Nuntiation in der Stelle stillschweigend vorausgesetzt werde (S. 170), ist eine willkürliche Annahme.

Die prohibitoria soll endlich auch den vom Verfasser so genannten formellen Voraussetzungen des unus casus entsprechen. Daß die prohibitoria in den Institutionen nicht erwähnt wird, daß ihr Fall, namentlich in der vom Verfasser angenommenen Verbindung mit dem Bauverbot, so verwickelt war, um besser in den „ausführlicheren Büchern der Digesten" erörtert zu werden, sei bereitwillig zugestanden. Allein der unus casus soll auch in den Digesten „apparieren". Die prohibitoria, oder, da der Name vielleicht nicht klassisch war, ein auf prohibere gerichtetes intendere wird in den Digesten allerdings nirgends erwähnt. Dafür weiß der Verfasser eine Erklärung. Das Bauverbot gegenüber dem aedificare in nostro und die damit zusammenhängende prohibitoria seien schon lange vor Justinian unpraktisch geworden angesichts anderer Rechtsbehelfe wie der interdicta uti possidetis und quod vi aut clam. Nichtsdestoweniger „appariere" die prohibitoria in den Digesten. Einmal in D. 39, 1, 5, 8—10. Allein was steht dort? Die operis novi nuntiatio ist auch gegenüber dem aedificare in nostro zulässig. Ferner in D. 39, 1, 1, 6; 5, 10. Hier lesen wir: in operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. Das bedeutet allerdings nicht, daß der Nuntiant den Besitz verliere, sondern nur, daß ihm die Beweislast obliege. Allein kann man sagen, aus diesen Stellen „appariere", daß auch der besitzende Eigentümer die actio in rem haben könne? Ich glaube, wenn die Institutionenverfasser in Aussicht stellten, daß der unus casus in latioribus digestorum libris apparebit, sie nicht der Meinung waren, er sei in den

Digesten so versteckt, daß die Juristen durch Jahrhunderte vergeblich sich bemühten ihn aufzufinden.

Es liegt mir fern, mit diesen kritischen Bedenken behaupten zu wollen, daß die vom Verfasser rekonstruierte prohibitoria nicht existieren konnte. Wenn das Nachverfahren bei der operis novi nuntiatio im ordentlichen Prozesse durchgeführt wurde, so läßt es in der Tat sich nicht leugnen, daß weder die petitoria noch negatoria am Platze waren, und es wäre sehr wohl möglich, daß der Prätor hier eine neue Formel bildete, die er in Anlehnung an das ius prohibendi des Nuntianten auf das prohibere abstellte. Wohl aber möchte ich mit Nachdruck betonen, daß es sich hier um eine blanke Hypothese handelt, die von manchem „wenn" abhängt und der zufolge des Standes der Überlieferung der Unterbau der Quellen fast ganz fehlt. Insbesondere bleibt es völlig dunkel, wie das Verhältnis dieser Formel zur byzantinischen prohibitoria war, da wir auch über diese so gut wie nichts wissen.

Dem Verfasser gebührt jedenfalls das Verdienst, den Versuch gewagt zu haben, diese dunklen Partien des römischen Rechts durch eine geistvolle Hypothese aufzuhellen, und ich bekenne gerne, sein flüssig geschriebenes Buch mit mehr Vergnügen gelesen zu haben als manche andere Abhandlung, deren Lektüre durch Zweifel und Bedenken nicht getrübt ist, weil sie auf ausgetretenen Pfaden wandelnd Variationen über unbestreitbare Dinge bietet.

Leipzig. Paul Koschaker.

Artur Steinwenter, Studien zum römischen Versäumnisverfahren. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1914. 207 S.

Eine zusammenfassende Darstellung des römischen Kontumazialverfahrens entspricht einem unleugbaren Bedürfnis, da die Materie seit Hartmanns Monographie (1851) nicht mehr ex professo behandelt wurde und seither neue Quellen, insbesondere die Papyri eine Reihe neuer Aufschlüsse und Gesichtspunkte gebracht haben. Der Verfasser der vorliegenden Schrift, ein Schüler Wengers, der in ihr dem gelehrten Publikum seine Erstlingsarbeit vorlegt, hat sich seiner Aufgabe mit Geschick und beachtenswertem Erfolge entledigt. Es liegt vielleicht in der Natur der behandelten Materie, daß man von einer Neubearbeitung weniger grundlegende neue Gesichtspunkte als vielmehr Aufklärung im einzelnen, Klarstellung bestehender Kontroversen erwarten darf. In dieser Beziehung hat sich der Verfasser unbestreitbare Verdienste erworben.

Die Untersuchung des Verfassers beschränkt sich auf das Versäumnisverfahren des Kognitionsprozesses in seiner Gestaltung in den ersten drei nachchristlichen Jahrhunderten, im Denuntiations- und im justinianischen Libellprozeß. Im Formularverfahren bestanden die

Versäumnisfolgen nach der Litiskontestation — nur diese Zeit kommt in Frage — bekanntlich darin, daß der Geschworene gemäß dem Satze der 12 Tafeln: praesenti litem addicito ohne meritorische Verhandlung die Sache zugunsten der anwesenden Partei entschied. Der Terminus eremodicium, der neben lis deserta in den Digesten für dieses Verfahren begegnet, dürfte allerdings, wie der Verfasser (S. 92f.) wahrscheinlich macht, erst justinianischen Gepräges sein. Demgegenüber ruht die Möglichkeit eines Versäumnisurteils im Kognitionsprozeß auf der contumacia des Beklagten, seinem Ungehorsam gegenüber der magistratischen Kontumazialladung, die dem älteren Schiedsverfahren notwendig fremd sein mußte, und es ist daher durchaus zu billigen, wenn der Verfasser Zugeständnisse, wie sie noch Kipp Art. contumacia bei Pauly-Wissowa bezüglich der Möglichkeit einer Kontumazialladung im Formularprozeß zu machen geneigt war, unbedingt ablehnt, weniger verständlich allerdings, wenn er (S. 62, 192) andrerseits in der Heranziehung des Begriffs der contumacia nur ein konstruktives Element erblickt.

Der Verfasser beginnt seine Untersuchung mit einer nicht ganz übersichtlichen Darstellung der Ladung des Kognitionsprozesses. Beachtenswert ist das Schlußergebnis. Die Kontumazialladung setzt den Empfang der Prozeßladung durch den Beklagten voraus. Gegen den latitans und Abwesenden, dem eine Prozeßladung nicht zugestellt werden kann, ist wohl missio in bona zulässig, nicht aber ein Versäumnisverfahren, für welches in den Quellen neben der denuntiatio ex auctoritate und der Ladung durch magistratische litterae vorwiegend die Ediktalladung als Form der Kontumazialladung begegnet, weil der Beklagte, der sich dem Prozesse entziehen will, in der Regel unbekannten Aufenthaltes sein wird und dergestalt die Ediktalladung die angemessene Form der Ladung war. Diesen Ergebnissen dürfte beizutreten sein aus dem auch vom Verfasser angeführten Grunde, daß die contumacia des Beklagten, die Grundlage des Versäumnisverfahrens, seine Kenntnis von der Einleitung des Verfahrens überhaupt, somit von der ersten Ladung voraussetzt.

Mehr referierender Natur ist der zweite Abschnitt über den Gang des Versäumnisverfahrens (Appellation gegen das Versäumnisurteil, Folgen des Ausbleibens des Klägers usw.). In einem Detailpunkte sei eine Richtigstellung gestattet. Während nach einigen Stellen ein Kontumazialurteil gegen den minor nichtig ist, gewähren andere die restitutio in integrum. Der Verfasser will in den letzteren Stellen das Vorhandensein eines Kurators unterstellen. Das ist Pandektenharmonistik. Das Richtige bietet jetzt Solazzi, La minore età 195f. Vgl. auch Lenel, diese Zeitschrift 35, 197f. Nach klassischem Recht ist der minor unbeschränkt prozeßfähig, seine Gleichstellung mit dem pupillus entspricht erst dem nachklassischen und justinianischen Recht. Daher kann auch einem Kontumazialurteil gegen den minor — vorbehaltlich einer restitutio in integrum — nichts im Wege gestanden sein. In den maßgebenden Stellen (D. 42, 1, 45, 2; 54 pr.) ist die Erwähnung des minor interpoliert (Solazzi a. a. O. 230), für fr. 7, 12 D. 4, 4, das omnis aetatis hominibus

restaurationem eremodicii verheißt, hat der Verfasser selbst (S. 69[4], 95) die Interpolierung wahrscheinlich gemacht. Fr. 8 D. 4, 4, das von der Restitution gegen ein Kontumazialurteil spricht, nennt bezeichnenderweise nur den minor. Daher sind wohl auch in C. Greg. 10, 13, 1 (von Solazzi nicht erwähnt): „sententiam adversus absentes et indefensos [ac maxime minores] latam nullas vires obtinere notissimi iuris est" die eingeklammerten Worte ein späterer Zusatz.

Es folgt dann im wesentlichen an die Forschungen Mitteis' sich anschließend ein Abschnitt über das Versäumnisverfahren, das uns in den gräko-ägyptischen Papyri der römischen Zeit entgegentritt. Es entspricht im wesentlichen den reichsrechtlichen Grundsätzen. Im einzelnen wird richtig zwischen dem Konventsprozeß, für den jetzt P. Hamb. 29 ein schönes Beispiel eines edictum peremptorium liefert, und dem durch postulatio (Hypomnema) an den Jurisdiktionsmagistrat eingeleiteten Verfahren unterschieden. Die auffällige Erscheinung, daß in den Urkunden nie ein Versäumnisurteil bezeugt ist, erklärt der Verfasser ansprechend durch den Hinweis auf die relative Seltenheit solcher Urteile, die wiederum bedingt war durch die ausgedehnte friedensrichterliche Tätigkeit der niederen Verwaltungs- und Polizeiorgane, sowie durch die bereits in dieser Periode aufkommenden Gestellungsbürgschaft und Zwangsgestellung. Die interessante Frage, ob das Kontumazialverfahren, das die römischen Quellen bis ins erste Jahrhundert hinein zu verfolgen gestatten, aus dem Rechtskreise des Ostens entlehnt sei, wird in sorgfältig abwägender Untersuchung verneint. Wie es sich freilich in Rom entwickelte, ob es wirklich im Ärarial- und Libertätsprozesse, wie der Verfasser meint, zuerst aufkam, das sind Fragen, in denen wir vorläufig noch nicht klar sehen.

Nach einer kurzen Darstellung des Versäumnisverfahrens im Denuntiationsprozesse, die auf den Untersuchungen Mitteis' fußend einige hübsche Beiträge zur Interpretation des bekannten P. Lips. 33 bringt, wendet sich der Verfasser ausführlicher dem Libellprozeß zu. Für das justinianische Recht regeln das Versäumnisverfahren nach der Litiskontestation C. J. 3, 1, 13 und Nov. 65, für die Zeit nach der ersten Ladung, die nunmehr durch den exsecutor erfolgt, vor allem Nov. 112. Der Verfasser macht mit guten Gründen wahrscheinlich, daß diesem Gesetz, welches unter Normierung einer Prozeßbetreibungspflicht des Klägers das Versäumnisurteil gegen ihn erst nach Ablauf eines Jahres seit Einleitung des Kontumazialprozesses zuläßt, ein anderes uns nicht mehr erhaltenes Gesetz vorangegangen sei, das das Verfahren gegen den Beklagten in derselben Weise bestimmte. Auf die Details dieser vom Verfasser eingehend behandelten Normen kann ich hier nicht eingehen. Hervorgehoben seien nur die Ausführungen zu den dinglichen Klagen. Der Mangel des Einlassungszwanges schließt hier ein Kontumazurteil nicht aus, da der Beklagte zur Gerichtsfolge verpflichtet ist. Daneben steht dem Kläger allerdings die translatio possessionis zur Wahl. Weniger befriedigend ist der letzte Abschnitt über die Terminkautionen und Zwangsgestellung des Beklagten. Ich vermisse hier eine eingehendere

Untersuchung der Gestellungsversprechen und Gestellungsbürgschaften der Papyri und ihres eventuellen Zusammenhanges mit der cautio iudicio sisti. Durch die Terminkaution wurde ein Kontumazialverfahren nicht ausgeschlossen. Vielmehr scheint der Kläger zwischen diesem und dem Zugriff gegen die Bürgen der cautio die Wahl gehabt zu haben. Hingegen ist natürlich die Kontumazialladung mit der Zwangsgestellung (exhibitio) des Beklagten unverträglich. Was die Entwicklung der letzteren anbetrifft, so vermutet der Verfasser ansprechend, daß auf sie der kriminelle Kognitionsprozeß eingewirkt habe, wo schon in früher Kaiserzeit die exhibitio reorum angewendet wurde.

Die Arbeit zeugt zweifellos von großer Belesenheit und gründlicher Quellenkenntnis des Verfassers, insbesondere, was man von einem Schüler Wengers erwarten darf, auch auf dem Gebiete der Papyri. Auch die patristische Literatur ist herangezogen. Hingegen ist die Form der Darstellung nicht einwandfrei. Sie ist vielfach recht undurchsichtig, in der Beweisführung unübersichtlich, grenzt Sicheres von bloß Vermutetem nicht immer scharf ab. Vielleicht daß der Wunsch, kompendiös zu schreiben, hier von Einfluß war. Ein wenig mehr wäre indessen hier wirklich mehr gewesen und es hätte dem Buche nicht geschadet, wenn es um 50—100 Seiten stärker geworden wäre. Ich würde diese, mehr oder weniger, Mängel nicht hervorheben, wenn ich im übrigen nicht der Meinung wäre, daß die Arbeit eine tüchtige Leistung ist, die Zeugnis legt von einem gründlichen und selbständig denkenden Forscher. Man wird den weiteren Arbeiten des Verfassers mit großem Interesse entgegensehen dürfen.

Leipzig. **Paul Koschaker.**

Ottokar Tesar, Privatdozent an der deutschen Universität Prag, Staatsidee und Strafrecht. Eine historische Untersuchung. I. Teil: Das griechische Recht und die griechische Lehre bis Aristoteles. (Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin. III. Folge, I. Band, 3. Heft.) Berlin 1914, Guttentag. IX und 256 S.

Von modernen Problemen ausgehend trat der Verfasser an diese historische Untersuchung heran. Er fragte sich, wie verhält sich der Freiheitsgedanke, tun zu können, was man will, der als historische Tatsache in der Menschheitsgeschichte begegnet, zum anderen, jeder staatlichen Ordnung zugrunde liegenden Gedanken, daß nicht jeder tun kann, was er will? Ja weiter, daß unter Umständen, wenn der Mensch das tut, was er will, ihm der Staat entgegentritt? Wie reagiert der menschliche Geist auf diese Beeinträchtigung der freien Willensbetätigung durch das Recht, das im Staate durchgesetzt wird? Und wiederum insbesondere wie stellt sich und wie stellte sich in der Vergangenheit der Mensch zum Strafrecht? Damit war das Problem einer „Geschichte

des menschlichen Denkens vom Strafrecht“ aufgeworfen. Ihm näher zu kommen mußte, wofür es doch keiner Beweise oder Verteidigung bedarf, auf griechische Philosophie und griechisches Recht zurückgegriffen werden.

Um zu erkennen, wie sich die Philosophen zum Recht des Staates gestellt haben, was sie insbesondere wieder über die Anwendung der Strafe zur Verwirklichung der Strafzwecke gedacht haben, ist natürliche Voraussetzung zu wissen, was für ein Recht, insbesondere Strafrecht, in den historischen griechischen Staatengebilden gegolten hat. Oder: um die Rechtsphilosophie historisch zu würdigen, ist Kenntnis des Rechts notwendige Voraussetzung, zu dem die Philosophen eben Stellung nehmen, und über das sie in ihren Forderungen, wie das Recht sein soll, hinausstreben. Wenngleich die griechische Staatsphilosophie nach dem Staate und zugleich dem Rechte fragt, das sein soll, nach dem besten Staate und dem besten Rechte, so vergißt sie doch nicht die Unterlage des geltenden Rechts und kann sich, selbst wenn sie wollte, dieser Unterlage nicht entledigen. Der Verfasser tut darum gut daran, der griechischen Lehre von Staat und Strafe eine Darstellung des positiven Staats- und Strafrechts in Griechenland, natürlich unter Hervorkehrung des attischen Rechts, voranzuschicken. Hat doch, vorbildlich für alle solche Arbeit, Aristoteles, ehe er seine Politik schrieb, in der er das Recht darstellte, wie er es für ideal hielt, in gewissenhafter historisch-positiver Arbeit die Verfassungen von 158 griechischen Stadtstaaten beschrieben, wovon uns ja auf Papyrus die *Ἀθηναίων πολιτεία* beschert ist. Was aber für den Philosophen gilt, der danach sucht, was sein soll, das gilt auch für den Philosophiehistoriker, der erforschen will, wie sich die Denker der Vergangenheit zum positiven Recht gestellt haben.

Der Rechtshistoriker wird freilich gern bekennen, daß ihm solche zusammenfassende Darstellung des positiven Strafrechts griechischer Staaten an sich schon lieb ist, und der Verfasser wird nicht nur von Kriminalisten und Rechtsphilosophen, sondern — und hier darf ich mir eher ein Urteil erlauben — von Rechtshistorikern für sein erstes Buch schönen Dank ernten. Dieses behandelt in einem ersten Kapitel die „homerische“, in einem zweiten die „historische Zeit“.[1]) Wenn für die homerische Zeit (S. 14f.) die Anfänge staatlichen Strafrechts in der Reaktion gegen militärisch nicht einwandfreies Verhalten des einzelnen Mannes gesehen werden, also gegen ein Verhalten, das dem Gesamtbewußtsein der Volksgenossen nicht entsprach, so trifft das gewiß zu. Zweifelhafter ist mir aber die geringe Einschätzung der königlichen gegenüber der gemeindlichen Rechtsprechung. Dieser Zweifel gilt freilich weniger der Zeit der Odyssee, aus der der Verfasser nach Finsler, Neue Jahrb. 1906, 320ff. argumentiert, als früheren, aber darum noch nicht prähistorischen Zeiten, in denen das gewaltige sogenannte mykenische Königtum herrschte. Daß die Griechen, obwohl

[1]) Es könnte mit dieser Terminologie nicht ganz glücklich die Vorstellung erweckt werden, als betrachte der Verf. den homerischen Staat als „prähistorisch“. Seine Darstellung zeigt freilich sofort, daß dem nicht so ist.

ihr Königsname nicht wie bei den Römern *(rex)* und Karthagern (vgl. Mommsen, Röm. Gesch. I[8] 497) direkt vom Richteramt hergeleitet war, doch der Richtertätigkeit des Königs höchste Bedeutung beilegten, zeigt Herodots Erzählung von der Verleihung der königlichen Gewalt an den besten Richter der Meder. Für die Darstellung des Verfassers ist die Frage, ob der König oder das Volk als Richter fungierte, ja allerdings von sekundärer Bedeutung, aber rechtsgeschichtlich muß doch festgestellt werden, daß auch bei den Griechen — korrekter in der mykenischen Zeit des späteren Griechenlands — durchaus die königliche Machtfülle überwiegt (vgl. Kultur d. Gegenw., Allgem. Verfass. u. Verwalt.-Gesch. 145f.).

Außer diesen Fällen militärischer Delikte, oder, wie wir weiter und richtiger sagen dürfen, des Staatsverbrechens, des Delikts der römischen Perduellion, überläßt der Staat die Reaktion auf eine Übeltat durchaus dem Beschädigten oder dem Kreis von Menschen, der durch die Übeltat unmittelbar betroffen ist, also etwa der Sippe des Ermordeten. Die Ausführungen über das private Strafrecht der homerischen Zeit (S. 16ff.) bewegen sich, ebenso wie der ganze historische Teil, was die Tatsachen von Delikt und Strafe anlangt, in den Bahnen der bekannten Quellen und Literatur; was aber an den Ausführungen wertvoll und neu ist und des Interesses auch der Rechtshistoriker sicher sein kann, ist die neue Beleuchtung dieser Quellenbestände vom Gesichtspunkt des modernen Kriminalisten und Strafrechtsphilosophen aus. Wie etwa auch, um eine Parallele von ganz anderem Felde zu bringen, die noch so korrekte Ausgabe einer Reihe von Papyri durch den Paläographen oder Philologen nicht genügen kann, um alles auszuschöpfen, was aus solchen Rechtsurkunden zu lernen ist, sondern hierzu der Jurist seine Hand bieten muß; oder wie längst bekannte und auch erörterte Quellen des griechischen Privatrechts erst von neuem lebendig werden und zu fließen beginnen, wenn von sachkundiger Seite der Bann gebrochen wird, so steht es auch mit der Betrachtung des griechischen Strafrechts. Es ist natürlich, daß der Verfasser mit dem Rüstzeug moderner rechtsdogmatischer und rechtsphilosophischer Schulung weiter in die Geheimnisse des Werdens und Wachsens des griechischen Straf- und Staatsrechts eindringt, als der noch so gute Kenner der antiken Welt. Und so erstattet der Verfasser auch reichlich zurück, was er an positiver Stoffsammlung übernommen hat. Einem philologischen Leser freilich — und solche wünschen wir dem Buche nicht anders als juristische Leser — wird es vermutlich nicht immer leicht sein, sich in der von termini technici durchsetzten Sprache zurechtzufinden. Wenn es z. B. beim privaten Strafrecht, das auf dem Wollen des Rächers aufgebaut ist, heißt (S. 18f.): „Eine Auslösung eines individuellen Willens der Gottheit durch die Tat des einen andern Menschen Tötenden ist bei Homer noch nicht festzustellen; demgemäß sind auch keine weiteren Handlungen des Täters zur selbständigen Ablösung dieses Wollens, resp. keine Handlungen der Gemeinschaft zur Ersatzvornahme einer Befriedigungshandlung gegenüber der Gottheit für den Fall, daß diese vom Täter nicht geleistet

würden, notwendig" — so muß man sich in solche Sprache erst einlesen. Ich mußte wenigstens manche dieser Sätze zweimal lesen, ehe ich sie verstand. Wenn der Verfasser in der Note (S. 19[1]) dagegen sagt: „In der homerischen Zeit hat der Mord noch nichts Befleckendes" oder das Zitat aus Wundt bringt: „Die Strafe der Götter tritt unmittelbar nur dort ein, wo der Gott selber beleidigt ist; sie ist eine Rache wie auch die Menschen sie üben" — so ist das, wenigstens für mich, schneller verständlich. Der weitere Gedankengang für das private Strafrecht der homerischen Zeit ist nämlich der, daß bei gewissen Handlungen, wie Gotteslästerung, Vergehen gegen Eltern und Schutzflehende, Meineid, Verletzung des Gastfreunds, zwar die Götter als reagierend gedacht werden, aber nicht anders als Menschen, die verletzt sind. Der Zorn der Götter, und auch die Möglichkeit, ihren Zorn gleichsam abzukaufen, lassen die Götter durchaus anthropomorph erscheinen. Auch die Götter reagieren wie die verletzten Menschen in gewissen Fällen. Der Mensch muß, um gut zu fahren, und nicht der Rache der Götter — personifiziert in den Erynien — zu verfallen, eben wissen, was die Götter nicht leiden können, oder, wenn er die Tat doch wagt, den Versuch machen, die Götter zu versöhnen, gerade so, wie er sich dem Beschädigten oder seiner Sippe gegenüber zu verhalten hat. So steht in der homerischen Zeit der Mensch einer Reihe von Willenszentren anderer Menschen und der Götter gegenüber, die er respektieren muß, will er nicht deren Reaktion hervorrufen. Von diesem Gesichtspunkt aus handelt es sich für den einzelnen nur um Kraftproben; jeder dehnt seine Einflußsphäre so weit aus, als er nur kann. Dort, wo er anstößt, beginnt die Strafbarkeit seiner Handlung, wie denn umgekehrt die Möglichkeit zu strafen auf der Macht dazu beruht. Wenn man nun, nach den für den Täter unerfreulichen Folgen seiner Tat, das ist nach der Strafe, retrospektiv die Tat betrachtet, die solche Folge nach sich zog, so zeigt sie sich zunächst als Verkennung der tatsächlichen Machtverhältnisse, als mangelnde „ethische Intelligenz" (S. 22), oder als Überhebung in dem Sinne, daß man seine Persönlichkeit über-, die des Betroffenen aber unterschätzte. Wenn man sagt, daß darin eine *ὕβρις* liege, so ist damit der Anfang gemacht zu einer ausgleichenden Bewertung der Interessenkreise der einzelnen Menschen. Die Selbstsucht ist die Quelle der Übel, sie überschätzt sich und muß die Folgen tragen. Aus dem üblen Erfolg der Tat schließt man ex eventu darauf, daß sie nicht hätte begangen werden sollen. Ob der Täter die falsche Rechnung aus Torheit (*νηπιέη*) oder Bosheit (*ὕβρις*) macht, ist für die Strafe, die folgt, gleichgiltig. Der Privatrechtsgeschichte ist ein analoger Gedanke längst geläufig: für den Erfolg muß der Schadenstifter einstehen, ob er ihn durch Bosheit, Dummheit oder unglücklichen Zufall herbeigeführt hat, darauf kommt es zunächst nicht an.

Es ist bekannt, daß mit der Entwicklung einer festeren Staatsgewalt, als es die der Zeit der Ilias und Odyssee war, insbesondere mit der Entwicklung der Polisherrlichkeit, der Staat immer mehr in die Machtsphäre des Individuums eingreift, sich um das Individuum immer mehr kümmert. Das äußert sich sowohl im Schutz des Einzelnen gegen

Eingriffe des Mitmenschen in seine Rechtssphäre — römischrechtlich gesprochen: in der Erweiterung des Kreises der *crimina publica* und Zurückdrängung des Kreises der *delicta privata* —, als auch umgekehrt darin, daß dem Beschädigten in immer steigendem Ausmaße die Selbsthilfe in Form der Rache beschränkt wird.

In klar disponierter Darstellung führt der Verfasser die Entwicklung des Verhältnisses der Privatstrafe zum Staate vor (S. 25ff.). Am wichtigsten ist diese Entwicklung im Blutschuldrecht. Den entscheidenden Schritt, den die Römer schon vor dem Zwölftafelrecht getan haben, die Ahndung des Mordes von Staats wegen, hat die für die Folgezeit maßgebende drakontische Gesetzgebung bekanntlich nicht vollzogen. Noch ist es Sache der Beteiligten, die Mordklage zu erheben. Aber sie müssen sich der staatlichen Durchführung des Verfahrens und der Strafe beugen. So greift der Staat zunächst vom Verfahren her in die private Willkür der Rache ein. Die Blutrache wird durch die von Staatsorganen vollzogene Todesstrafe ersetzt. Aber auch inhaltlich greift der Staat ins Blutschuldrecht ein, indem er es nicht den Organen, welche das Verfahren durchführen und die Tötung ahnden, überläßt, ob und wie sie richten wollen, sondern indem er ein Blutgesetz erläßt, an das sich die richtenden Organe zu halten haben. Allgemein gesprochen: der Staat unterdrückt durch sein positives Gesetz das Richterkönigtum (zur Literatur S. 28[1] vgl. noch Festschr. zur Jahrhundertfeier des österr. a b G B I, 494ff.). Im Falle des Tötungsdelikts: der Staat schränkt den Rachetrieb ein. Die drakontische Gesetzgebung scheidet zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tötung und gibt dem Willen des Rächers auf Tod des Täters nur im ersteren Falle nach. Der Täter kann sich ferner nach altem Gewohnheitsrecht der Rache durch Flucht außer Landes entziehen. Nach Ablauf einer bestimmten Verbannungszeit konnte er zurückkehren, ohne weitere Rache fürchten zu müssen. Der Staat mußte dann in jenen Fällen, in welchen ein Privater in die Rechtssphäre eines anderen nur als staatliches Hilfsorgan bei der Bestrafung einer Untat, vor allem Ergreifung und Vorführung des Täters eingriff, das Hilfsorgan gegen Rache des Täters schützen. Auch in Fällen erlaubter Tötung (im Kriege, in Notwehr) verbietet der Staat die Rache gegen den Tötenden. Ausnahmsweise verbietet dann der Staat Rache am privaten Rächer, läßt m. a.. W. der Rache freien Lauf gegenüber dem bei der Tat mit nahestehenden Frauenspersonen ertappten Ehebrecher, gegenüber dem ertappten nächtlichen Dieb. Hier ist die Rache gegenüber dem Rächer der Untat überhaupt ausgeschlossen. In ähnlicher Weise werden die Einengungen des freien Racherechts bei Delikten gegen die Geschlechtsehre in entsprechende Formeln gekleidet, die freilich manchmal die Sachlage für den solche Formeln nicht gewohnten Leser gerade nicht klären (vgl. S. 38 Abs. 2 Satz 1, S. 39 Abs. 2). Es folgt die Erörterung der Eigentums- und Ehrdelikte sowie der vom Verfasser so genannten Gesellschaftsdelikte (S. 44ff.). Gemeint sind dabei jene γραφαί, in welchen ein Bürger wegen einer Untat klagen kann, auch wenn sie ihn, grob gesprochen, zunächst nichts angeht.

Die Feinheit des demokratischen Rechtsempfindens kommt dabei am schärfsten in der γραφὴ ὕβρεως zum Ausdruck. Hier, beim Hybrisbegriff, sei auf Ausführungen zum Papyrus Halensis 1 (Dikaiomata) verwiesen: Partsch, Arch. f. Papyrusforsch. VI 54 ff.; San Nicolò, Groß' Archiv LVII, 325 ff.; vgl. auch Kultur d. Gegenw., Allgem. Rechtsgesch. 264. 284. Das positive Recht hat damit eine Höhe erreicht, wie sie kaum überschritten werden kann: schien ehedem der Konflikt zwischen Freiheit und Strafe, zwischen der egoistischen Auswirkung aller individuellen Triebe, dem Sichausleben des einen und der Reaktion des anderen, der dasselbe für sich in Anspruch nahm und den Eingriff in seine Rechtssphäre rächte, nur lösbar wie jede Machtfrage nach der größeren Kraft des einen oder anderen — so ist jetzt die *ἰσονομία,* die Gleichheit aller, so sehr das Grundprinzip des Staatslebens geworden, daß jeder es als Hybris empfindet, wenn der andere sich mehr herausnimmt, als ihm nach dieser Gleichheit gebührt. Das braucht aber nicht absolute Gleichheit, sondern es soll das ἐπιεικές sein, das jedem gibt, was ihm gebührt. Vgl. Hirzel, Themis Dike 240 ff. 280 f., oben zit. Festschr. 495. Der auf Freiheit gegründete Staat kann nur gedeihen, wenn kein Bürger das Maß der Freiheit, das ihm der νόμος zuteilt, überschreitet. Wer das tut, ruft die Reaktion aller hervor, die an diesem Idealstaatswesen beteiligt sind, nicht bloß des zunächst und unmittelbar Betroffenen. Dieses ideale Staatswesen, das den Höhepunkt der attischen Demokratie bedeutet, diese großartige Gleichung von Gerechtigkeit und Billigkeit, hielt aber nicht lange an. Man kam immer mehr wieder darauf zurück, es dem einzelnen zu überlassen, der unmittelbar in seiner Rechtssphäre gekränkt war, sich Abhilfe zu schaffen (vgl. Wilamowitz, Kultur d. Gegenw., Staat und Gesellsch. 113. Aristoteles und Athen I, 248 Verf. 45), freilich nicht mehr selbst, sondern durch Klage bei der Behörde, die nach gesetzlichem Maßstabe Recht und Unrecht, Tat und Strafe abzuschätzen hatte. Das war auch ein Ausgleich zwischen Freiheit und Strafe, aber lange kein so idealer als die Reaktion der Popularklage gegen die Hybris im allgemeinen und deren Äußerungen in einzelnen benannten Delikten.

Neben dieser unserem Denken viel ferner liegenden Reaktion des Privaten als Bürgers und Teils des Staates gegen Überschreitung der durch die *iustitia distribuens* gezogenen Grenzen der Freiheit des Mitbürgers wächst auch das schon im homerischen Staatswesen vorhandene, vom Verfasser als funktionelles Strafrecht des Staates (S. 53 ff.) behandelte Staatsstrafrecht. Es gibt gewisse Reaktionszentren im Staate, die auf gewisse Reize sofort reagieren und nicht erst warten, bis sich der Verletzte oder sonst ein Bürger zur Popularklage entschließt. Hier greift der Staat als Übergeordneter gegen den Täter ein, während in den anderen Fällen ein Nebengeordneter gegen die Störung der Nebenordnung einschreitet. Die Organe des funktionellen Staatsstrafrechts sind Beamte (Archon, βασιλεύς), Elfmänner, Thesmotheten; der Rat der Fünfhundert (über seine Strafgewalt Verf. 72 f.); schließlich aber die Volksversammlung selbst, sei es als Plenum — dies seltener — sei es in den auf Solon zurückgehenden Heliastenkollegien, die den sou-

veränen Demos repräsentieren. Hier hat die oben gepriesene Feinheit der attischen Demokratie ihr unerfreuliches Gegenstück. Nicht der einzelne Bürger prüft, ehe er zur Klage schreitet, ob ein anderer Mitbürger das ihm zustehende Maß freier Selbstbetätigung sich erhebend überschritten habe, sondern das vielköpfige Kollegium oder gar das Volk selbst als Ganzes richtet und läßt sich beim Gericht nicht stets von den reinsten Motiven leiten. Hier zeitigt die böse, böse Instinkte wachrufende Demagogie ihre schlimmsten Wirkungen. Was als Strafrecht, Schutz des Staatsganzen und seiner einzelnen Bürger gegen Überschreitung der dem einzelnen erlaubten Grenzen gedacht ist, wird mißbraucht zur frevelhaften Rache des Pöbels am wehrlosen Bürger, der anderer politischer Gesinnung ist, als die vom Demagogen aufgepeitschte Menge, oder der gar durch sein Vermögen den Neid der minder Bemittelten hervorgerufen hat. Hier ist der Konflikt zwischen staatlicher Strafgewalt und Freiheit des Bürgers durchaus zu ungunsten der Freiheit entschieden. Theoretisch ist damit freilich gegen das System der vollendeten Demokratie nichts gesagt, aber praktisch ist sie schon in ihrer attischen Erscheinung für alle Zeiten gerichtet.

Im 2. Buch wird uns die griechische Lehre von Staat und Strafe vorgeführt. Zunächst die Dichter (S. 84ff.): die Lyriker Hesiod, Solon der Dichter, Pindar, dann die Tragiker, Aischylos, Sophokles, Euripides. Durchaus währt die Vorstellung, daß Strafe die Reaktion sei gegen die Hybris, gegen die Überschreitung des dem Menschen gezogenen Kreises freier Selbstbetätigung: *πάντως ὕστερον ἦλθε δίκη*, wie Solon sagt (Verf. S. 88). Lange aber denkt man den Menschen nicht bloß den Machtsphären seiner Mitmenschen, sondern auch denen der Götter gegenüber, die eine Übertretung dieses ihres Machtbereiches strafend ahnden. Natürlich muß man also, um der Strafe zu entgehen, zunächst den Umfang der Kreise kennen, in die man nicht eintreten darf; die Tugend der Klugheit, die *σωφροσύνη* zeigt dem Menschen die Willenssphären der göttlichen Machtzentren: die *εὐσέβεια* bewahrt ihn davor, in sie einzugreifen. Wer das gleichwohl tut und sich der *ὕβρις* schuldig macht, der ladet Schuld auf sich. Wer aber auch nur aus Unverstand in die Machtsphäre der Götter eingreift, leidet. Hier steht die Theorie der Dichter zurück hinter dem Recht schon des drakontischen Blutgesetzes. Euripides verkündet unter philosophischem Einfluß (s. u.) das Götter und Menschen beherrschende Gesetz, nicht mehr den Einzelwillen einzelner Götter, als alles regierende Macht. Naturgesetz und Vernunftgesetz ist eins, selbst Gott. Strafe leidet, wer sich dagegen erhebt. Aber auch hier ist es schließlich ein bestimmter Wille, der sich durchsetzt, wenn der Mensch sich ihm nicht fügen, ihm zuwiderhandeln will. Es ist demnach richtig, wenn der Strafgedanke stets auf einen Willen, das Machtgebiet nicht beeinträchtigen zu lassen, zurückgeführt wird, mag dieser Wille nun Menschen- oder Götterwille sein oder endlich sich zur Weltvernunft und Weltgerechtigkeit, der Dike, erheben.

Es folgt die Erörterung der philosophischen Lehren von Staat und Strafe (S. 111ff.). Das macht zunächst einen raschen Überblick

über die Lehren der Philosophen bis auf Platon und Aristoteles notwendig. Der Verfasser war bemüht, in dankenswerter Klarheit aus der Fülle des Stoffs alles Entscheidende hervorzuheben und hat Grundsätzliches in griechischen Zitaten herausgestellt. Ob er, soweit diese Graeca nicht übersetzt oder doch inhaltlich deutsch wiedergegeben sind, damit alle Leser befriedigt hat, weiß ich nicht. Vorsokratische Philosophien haben die Vernunftnotwendigkeit des Weltenlaufs erschlossen und daraus die Folgerung gezogen, den einzelnen Menschen dieser Gesetzmäßigkeit des Alls einzufügen, woraus wiederum dem Staat die Aufgabe dieser Erziehung erwuchs. Zunächst kommt so die Theorie, dann, bei den Sophisten, die Praxis staatsbürgerlicher Erziehung. Hatte man den Glauben an die alten Götter mit ihren geheiligten Machtsphären aber aufgegeben, so war die theologische Grundstimmung fürs Strafrecht verloren und die Strafe nicht mehr Rache oder Vergeltung, sondern lediglich Mittel den Menschen so zu erziehen, wie der Staat ihn brauchte. Aber auch der Glaube ans Staatsgesetz als Geschenk der Götter und Offenbarung der den Göttern genehmen Abgrenzung der menschlichen Machtsphären war dahin und man gelangte zur Kritik der positiven Gesetze auf deren Vernünftigkeit hin. Und da konnte man wohl dazu kommen, das dem Menschen innewohnende unbeschränkte Freiheitsbedürfnis, tun zu können, was man will, als das Vernünftige zu erklären und so das unbekümmerte Sichausleben des Menschen zu fordern, das Strafgesetz als Tyrannen der persönlichen Freiheit aber abzulehnen. Freilich zogen diese Konsequenzen eher die Gegner als die stets aufs Praktische gerichteten Sophisten selbst, aber es ist für die Folgeentwicklung wichtig, daß diese Konsequenzen gezogen werden konnten (S. 135).

Die Reaktion gegen die Sophisten geht von Sokrates aus (S. 135ff.). Ihm ist Tugend = Wissen. Da Staat, Recht, Strafe da sind, und das Nichtvorhandensein dieser Dinge jedenfalls noch schlimmer wäre, so muß man zunächst sich dabei bescheiden, eine Regel des Zusammenlebens hinzunehmen: irgendeine solche Regelung ist gewiß vernunftnotwendig, ob gerade diese, ist ja fraglich, aber wem die konkrete Ordnung nicht paßt, der kann auswandern. Solange man im Staate lebt, muß man sich dem Gesetze des Staates fügen und, tut man das nicht, die Strafe als heilsame Arznei gegen die Krankheit der Gesetzwidrigkeit hinnehmen. Staat und Strafe werden als vernunftnotwendig zu erweisen versucht (S. 146). Freilich sollte die Vernunft wie die Quelle für die Normen des richtigen individuellen Handelns so auch die Quelle für das richtige Staatshandeln sein. Von da ab kommen die Kyniker, die dem *λόγος* allein gegenüber dem *πάθος*, dem Wissen gegenüber dem Triebleben, der Leidenschaft, Wert beimessen, zunächst zur Forderung, daß der Staat die sich im Delikt offenbarende Krankheit des Menschen, die Äußerung der Leidenschaft gegenüber dem vernunftgemäßen Leben durch Strafe beseitigen müsse; aber sie fordern auch, damit man zu richtigen Gesetzen, die der Vernunft zur Geltung verhelfen, gelange, daß der Staat von Wissenden beherrscht, die Gesetze

von Weisen gegeben werden. Solche Gesetze passen dann aber auch überall als Naturgesetze oder, wie wir in bekannterer Sprache sagen wollen, als Naturrecht. Damit ist der geltende Staat freilich, mag er monarchisch oder demokratisch organisiert sein, erledigt, denn seine Lenker sind eben nicht kynische Philosophen.

Die Kyrenaiker, die das Lebensziel des Menschen in Erreichung der möglichst großen ἡδονή sehen, müssen dagegen der Hemmung der vollendeten Freiheitsbetätigung durch Strafe folgerichtig feindlich gegenüberstehen (vgl. bes. 152[2]).

S. 153 ff. handelt T. von Platon. Platon hat sich bekanntlich vernunftgemäß einen Idealstaat konstruiert. Dieser Staat, den ein Weiser beherrschen muß, hat die Aufgabe, alle Menschen so zu erziehen, daß sie nur Gerechtes — im Sinne des Philosophen, der das Gerechte kennt — tun. Wer anders handelt, zeigt damit die Ungeordnetheit seiner Seele und muß davon kuriert werden: die Arznei, die das besorgen soll, ist die Strafe. Sie ist ein Heilmittel, und Nichtanwendung dieses Heilmittels bedeutet Verharren im Übel. Also ist auch für den Übeltäter selbst, Strafe besser als Nichtstrafeleiden. Die Strafe ist aber gegenüber der Erziehung subsidiäres Kampfmittel gegen das Unrecht.

Der Staat ist die Herrschaft über Freie. Es verträgt sich diese Herrschaft, die gegen Unordnung aller Art reagiert, sehr wohl mit der Freiheit. Ja, die Freiheit wird durch diese Reaktion gegen alle wahrer Freiheit widerstrebenden Handlungen erst gewährleistet: denn die Freiheit äußert sich nicht in beliebigem, sondern in vernünftigem Handeln und, solange das Handeln vernünftig ist, stößt es nie auf widerstrebende Herrschaft und löst keine reagierende Strafe aus. Von den näheren Ausführungen dieser Gedanken in Platons Schriften sei nur das Wichtigste hervorgehoben. Der Verfasser bespricht die Fragen ausführlich. Zunächst muß der Staat vernünftige Gesetze aufstellen, dann die Menschen durch Überredung von der Vernünftigkeit des Gesetzes überzeugen (Proömium der Gesetze, Nomoi IV, 723, Verf. 189) und für den Fall, als dies nichts fruchten sollte, durch die Drohung der Übelszufügung für Übertretung des Gesetzes (Sanktion) nachhelfen. Das ganze System nennt der Verfasser „Generalmotivation als Staatsfunktion". Dazu tritt die Spezialmotivation, die Erziehung des Einzelnen zur Tugend, da sonst der große Haufe trotz bester Gesetze leicht fehlen würde. Der Philosoph befaßt sich dann, unter Anklang an das positive attische Recht, mit der Durchführung der Strafidee, mit einem Strafgesetzentwurf. Wo der psychische Mangel, der zur Straftat führt, so groß ist, daß er nicht geheilt werden zu können scheint, da muß Todesstrafe eintreten, so bei Staatsverrat. Interessant ist es, wie der Philosoph auch bei den gegen Lebensgüter Einzelner gerichteten Delikten zur Staatsstrafe kommt (S. 201 ff.), aber es ist das ja ganz folgerichtig, wenn das Prinzip der rechtlichen Umgrenzung der Machtsphäre des Einzelnen als öffentliches Interesse erkannt ist. Die ganze Rechtslehre ist metaphysisch, vom Gedanken einer das Weltall durchziehenden vernünftigen Gesetzmäßigkeit (S. 204) beherrscht.

Den Beschluß macht die eingehende Erörterung der aristotelischen Staats- und Straflehre (204 ff.). Der Verfasser zeigt sich, soweit ich das zu beurteilen vermag, in den aristotelischen Schriften im weiteren Umfange, auch über die genannten Gebiete hinaus, wohl bewandert. Die Staatslehre des Aristoteles vertritt den Grundsatz, daß der Staat notwendig sei, damit die Menschen das von der Vernunft von ihnen geforderte Handeln erreichen, denn der Mensch ist von Natur aus ein *πολιτικὸν ζῷον*. Staatswohl und Privatwohl sind identisch: der einzelne kommt aber nur zu dieser Überzeugung, wenn er gleich dem anderen berechtigt ist, wenn niemand mehr Recht hat als er. Jede Störung des Gleichgewichts muß beseitigt werden, dazu tritt das Privatstrafrecht in den Dienst der Gleichheitsidee, aber ein staatliches Gesetz muß bestimmen, wann die Gleichheit verletzt, und ein Richter muß bestimmen, ob speziell im konkreten Fall unrechtmäßig in die fremde Sphäre eingedrungen ist (S. 234). So hat der Staat zunächst die Aufgabe, die Gleichheit zu erhalten; außerdem aber auch die Aufgabe, die Bürger durch Gewöhnung tugendhaft zu machen. Dazu sind zunächst Gesetze nötig, die zeigen, wie man sich richtig benimmt. Wer diese Gesetze gewohnheitsmäßig befolgt, kommt zur Gerechtigkeit, die sich dann zur wahren Tugend steigert, wenn der Mensch ohne Rücksicht auf äußere Motive richtig handelt (S. 236). Die vielen Möglichkeiten vom Rechten abzukommen und ungerecht zu handeln, führen nicht bloß zur Fixierung von Delikten, sondern auch von Schuldformen, je nachdem Wissen und Willen abgestuft sind. Fehlt eine Schuldmöglichkeit, wie beim Kind und Geisteskranken, so hat die staatliche Motivationstätigkeit auch ihre Grenze erreicht (S. 241 f.). Das Verhältnis der Freiheit zum Recht endlich geht von einer Umbildung des Freiheitsbegriffs aus: frei ist nicht, wer voll seinen Willen entfalten kann, sondern wer vernünftig handelt. Eine gute Staatsverfassung und gute Gesetze haben die Aufgabe, diese Freiheit zu garantieren, d. i. alle Bürger so zu erziehen, Widerstrebende zu strafen, daß jeder vernünftiger Freiheit entsprechend lebe und leben könne. Das sind aber Ziele des Staates, die unabhängig vom individuellen Wollen der Menschen sich als Betätigung des Lebenszwecks des Staates ergeben. Der Mensch ist dem Staate eingeordnet. Der Staat mit seinen in ihm liegenden ideellen Zwecken hat eine historische Mission gegenüber seinen Bürgern. Die Strafe ist staatliches Mittel zur Erreichung seiner Zwecke. Welch langer Weg von der Zeit, da sie Mittel des Privaten war, wegen Übergriffe eines anderen sich zu rächen!

Die Arbeit Tesars gibt einen wertvollen Beitrag zur Geschichte des menschlichen Denkens.

München. L. Wenger.





